



LOS CONCURSOS CONEXOS

Tesis doctoral presentada por Marta FLORES SEGURA para la obtención del grado de Doctor, dirigida por el Prof. Dr. D. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y por el Prof. Dr. D. Ignacio TIRADO MARTÍ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado, Social y Económico

Septiembre de 2013

Tesis doctoral
Los concursos conexos

Autora: Marta FLORES SEGURA

Directores: Prof. Dr. D. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO
(Catedrático de Derecho Mercantil, UAM)

Prof. Dr. D. Ignacio TIRADO MARTÍ
(Profesor Titular de Derecho Mercantil, UAM)

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Madrid, septiembre de 2013

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	19
PRIMERA PARTE: LOS CONCURSOS CONEXOS	21
CAPÍTULO I. LA CONEXIÓN ENTRE CONCURSOS	23
I. CONCURSOS CONEXOS VERSUS CONCURSOS AISLADOS	23
II. LA TIPOLOGÍA DE LOS CONCURSOS CONEXOS	24
1. Sistema de <i>numerus clausus</i> versus sistema de <i>numerus apertus</i>	24
2. Los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo.....	26
2.1. Delimitación del supuesto.....	28
2.2. Justificación de la conexión	31
3. Los concursos de los cónyuges y de la pareja de hecho inscrita.....	35
3.1. Delimitación del supuesto.....	35
3.2. Justificación de la conexión	38
4. Los concursos de administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica	43
4.1. Los socios, miembros o integrantes de una persona jurídica personalmente responsables de las deudas de esta.....	43
4.2. Los administradores de una persona jurídica personalmente responsables de las deudas de esta	44
4.3. Justificación de la conexión	45
5. Los concursos de deudores con patrimonios confundidos.....	47
5.1. Delimitación del supuesto.....	48
5.1.1. Introducción	48
5.1.2. Los distintos tipos de confusión.....	48
5.1.3. La confusión de patrimonios en la Ley Concursal	50
5.2. Justificación de la conexión	52
6. Los concursos de los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de esta	53
6.1. Delimitación del supuesto.....	54
6.2. Justificación de la conexión	55
III. RECAPITULACIÓN: LA CONEXIÓN ENTRE CONCURSOS	55
CAPÍTULO II. LAS MODALIDADES DE TRATAMIENTO DE LOS CONCURSOS CONEXOS 57	

I. LA PERSPECTIVA HOLÍSTICA VERSUS LA PERSPECTIVA ATOMÍSTICA	57
1. El principio de separación (<i>Trennungsprinzip</i>).....	58
2. Los inconvenientes de la aplicación estricta del principio de separación.....	60
3. La modulación o derogación del principio de separación	61
II. ANÁLISIS FUNCIONAL DEL TRATAMIENTO DE LOS CONCURSOS CONEXOS.....	65
1. El interés del concurso como eje vertebrador de la adopción de medidas de tratamiento específico de los concursos conexos.....	65
2. La eventual colisión entre los intereses de los distintos concursos conexos	69
III. EL TRATAMIENTO DE LOS CONCURSOS CONEXOS	70
1. Pautas generales.....	70
2. La derogación del principio de separación: el modelo de consolidación de las masas.....	72
3. La modulación del principio de separación: la coordinación de los procedimientos	74
<u>SEGUNDA PARTE: LA COORDINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS</u>	<u>77</u>
CONSIDERACIONES GENERALES	79
CAPÍTULO III. LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS	81
I. DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS.....	81
1. La acumulación de acciones y de procesos	81
1.1. La acumulación de acciones.....	82
1.2. La acumulación de procesos declarativos.....	86
1.3. La aplicación supletoria del régimen de la acumulación de acciones y de procesos a la acumulación de concursos	87
2. La acumulación de ejecuciones singulares en el proceso civil	88
3. La acumulación al concurso de determinados juicios declarativos pendientes.....	90
4. El litisconsorcio y la intervención procesal.....	91
II. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	93
CAPÍTULO IV. MODALIDADES DE LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS	95
I. LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN CONJUNTA O LA ACUMULACIÓN AB INITIO	96
1. Supuestos en los que procede	97
2. Legitimación para instarla	100
3. Procedimiento	103
II. LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS YA DECLARADOS.....	104
1. Supuestos en los que procede	105
2. Legitimación para instarla	106

3. Procedimiento	108
3.1. Órgano jurisdiccional ante el cual debe presentarse la solicitud.....	109
3.2. Temporaneidad de la solicitud.....	109
3.3. La exigencia de un escrito razonado.....	111
3.4. La discrecionalidad del órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la solicitud.....	113
3.5. El papel del órgano jurisdiccional requerido de inhibición	115
3.6. La publicidad del acuerdo de acumulación.....	117
3.7. Recurso contra el auto que acuerda la acumulación	117
III. LOS EFECTOS DE LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS	118
1. La coordinación institucional o personal: el juez y la administración concursal en los concursos conexos.....	118
2. La coordinación procedimental	119
2.1. El alcance de la unidad del procedimiento	119
2.2. La coordinación en la fase solutoria de los concursos conexos	121
2.3. El acompasamiento de los concursos acumulados	123
3. La relación entre mecanismos de coordinación	123
IV. LA DESACUMULACIÓN.....	124
V. LA COORDINACIÓN INFORMAL.....	126
CAPÍTULO V. EL JUEZ EN LOS CONCURSOS CONEXOS	127
I. LA CONCENTRACIÓN DE COMPETENCIAS JUDICIALES.....	127
1. La excepción a las reglas generales de determinación de la competencia	127
2. Los efectos de la concentración de competencias	128
II. LAS VENTAJAS DE LA CONCENTRACIÓN DE COMPETENCIAS JUDICIALES.....	130
III. LOS INCONVENIENTES DE LA CONCENTRACIÓN DE LAS COMPETENCIAS JUDICIALES.....	131
1. La distancia	131
2. Los conflictos de intereses.....	132
3. Los efectos sobre la anticipación del foro	133
4. El <i>forum shopping</i>	133
4.1. Definición e (in)admisibilidad de la práctica	133
4.2. Las medidas para evitar el <i>forum shopping</i>	135
4.2.1. El control de la competencia	135
4.2.2. Las restricciones a la legitimación para solicitar la acumulación.....	137
IV. LOS CRITERIOS PARA LA CONCENTRACIÓN DE LAS COMPETENCIAS JUDICIALES	137
1. El criterio temporal versus los criterios objetivos.....	138
2. Los inconvenientes del criterio temporal.....	139

3. Los inconvenientes de los criterios objetivos.....	140
4. Conclusiones preliminares.....	144
5. La solución de la Ley Concursal.....	145
5.1. Los criterios de atribución de la competencia en el caso de la acumulación inicial de concursos.....	146
5.1.1. Grupos de sociedades.....	146
5.1.2. Resto de supuestos.....	147
5.2. Los criterios de atribución de la competencia en el caso de la acumulación posterior de concursos.....	147
5.2.1. Grupos de sociedades.....	147
5.2.2. Resto de supuestos.....	148
V. LA PERMANENCIA DE LA CONCENTRACIÓN DE COMPETENCIAS.....	149
VI. LA COORDINACIÓN ENTRE ÓRGANOS JURISDICCIONALES.....	150
1. El juez coordinador.....	151
2. La cooperación entre órganos jurisdiccionales.....	151
CAPÍTULO VI. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS CONCURSOS CONEXOS ..	155
I. MODALIDADES DE CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS CONCURSOS CONEXOS.....	155
1. El modelo tradicional o modelo múltiple.....	156
2. El modelo unitario.....	157
2.1. Concepto y características.....	157
2.2. Las desventajas del modelo unitario.....	160
2.2.1. La carga de trabajo.....	161
2.2.2. La distancia espacial.....	162
2.2.3. Los conflictos de intereses (remisión).....	163
3. Los modelos mixtos.....	163
II. LA CONFIGURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMÚN EN LA LEY CONCURSAL.....	169
1. La falta de automatismo de la medida.....	170
2. Composición de la administración concursal común.....	171
3. El nombramiento de una administración concursal común durante el transcurso de los procedimientos.....	173
4. El nombramiento de auxiliares delegados.....	174
5. El informe de la administración concursal común.....	175
III. LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMÚN.....	177

1. La existencia de conflictos de intereses.....	177
2. La inadmisibilidad de los conflictos de intereses	180
3. Tutela frente a los conflictos de intereses	184
3.1. El deber de informar al juez.....	184
3.2. Las autorizaciones voluntarias	185
3.3. El nombramiento de un auxiliar independiente.....	186
3.3.1. Características.....	187
3.3.2. Admisibilidad de la figura en el Derecho español	189
3.3.3. Régimen	191
3.4. La tutela resarcitoria	193
IV. RELACIÓN ENTRE LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN	193
CAPÍTULO VII. ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS DE LA COORDINACIÓN PROCEDIMENTAL	195
I. LA PUBLICIDAD	195
II. LOS ACTOS DE CONSERVACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LAS MASAS ACTIVAS.....	195
III. LA CONTINUACIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL ...	196
IV. LA COORDINACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS.	197
V. LA COORDINACIÓN DE LAS IMPUGNACIONES DEL INVENTARIO Y DE LA LISTA DE ACREEDORES	199
VI. LA COORDINACIÓN EN EL EJERCICIO DE ACCIONES RESCISORIAS	200
VII. LA COORDINACIÓN EN MATERIA DE CONTRATOS.....	202
CAPÍTULO VIII. EL CONVENIO EN LOS CONCURSOS CONEXOS	205
I. COORDINACIÓN EN LA FASE DE CONVENIO, CONTINUACIÓN DE LA ACTIVIDAD Y SATISFACCIÓN DE LOS ACREEDORES.....	205
II. EL CONVENIO ÚNICO	208
1. El convenio único con consolidación de las masas (remisión).....	208
2. El convenio único con separación de las masas	208
2.1. Concepto	208
2.2. El convenio único sin consolidación patrimonial y la Ley Concursal española	211
2.3. (In)admisibilidad e (in)necesariedad de un convenio único bajo la Ley Concursal española	211
III. LOS CONVENIOS MÚLTIPLES.....	213
1. Concepto y modalidades	213
2. El condicionamiento de convenios	214
3. Clases de condicionamiento	215

4. Legitimación para presentar propuestas condicionadas.....	216
5. El evento condicionado: la eficacia del convenio	217
6. La condición o el evento condicionante	218
6.1. La acertada elección del evento condicionante.....	219
6.2. El tipo de condición.....	220
6.3. La admisibilidad de la condición	224
7. La fase de pendencia.....	225
7.1. Duración.....	225
7.2. El régimen de los concursos conexos durante la fase de pendencia	226
8. El cumplimiento de la condición.....	227
8.1. Momento en el cual debe entenderse cumplida la condición.....	227
8.2. La (ir)retroactividad del cumplimiento. El problema de los convenios dilatorios.....	228
9. El incumplimiento de la condición.....	229
10. Especialidades de la fase de convenio derivadas del condicionamiento de convenios.....	230
10.1. El informe de evaluación de la administración concursal sobre cada propuesta.....	230
10.2. Los planes de viabilidad	231
10.3. Las juntas de acreedores.....	233
10.3.1. La convocatoria conjunta de la junta de acreedores	234
10.3.2. La celebración de la junta	234
10.4. Las comisiones de acreedores.....	235
10.5. Oposición a la aprobación del convenio.....	235
11. Posibilidades de interrelación respecto al contenido de los convenios	237
11.1. Interrelación en el contenido esencial del convenio	237
11.2. Interrelación en el contenido potestativo del convenio.....	238
11.3. Los convenios con asunción	239
11.4. La participación de otras sociedades del grupo como terceros comprometentes	240
11.5. Los convenios con cláusulas de conversión de créditos en capital o en créditos participativos	241
11.5.1. Conversión de créditos en capital.....	242
11.5.2. Conversión en créditos participativos.....	243
11.6. Convenios que prevean modificaciones estructurales.....	243
12. El incumplimiento de uno o varios de los convenios condicionados ya eficaces.....	244
12.1. El incumplimiento del propio convenio por parte de uno de los deudores vinculados	244
12.2. El incumplimiento por parte de un deudor conexo de los compromisos adquiridos en los convenios del resto.....	245

CAPÍTULO IX. LA LIQUIDACIÓN EN LOS CONCURSOS CONEXOS	247
I. CONSIDERACIONES GENERALES	247
II. LA VISIÓN «GESTIONAL» DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL	247
III. LIQUIDACIONES COORDINADAS Y LEY CONCURSAL.....	249
CAPÍTULO X. LA CALIFICACIÓN EN LOS CONCURSOS CONEXOS	253
I. CONSIDERACIONES GENERALES	253
1. Las personas afectadas por la calificación	254
2. Los hechos determinantes de la calificación de un concurso conexo como culpable	256
3. La problemática en los supuestos de concursos conexos	257
II. LA COINCIDENCIA DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN EN LOS CONCURSOS CONEXOS.....	258
1. La coincidencia de representantes legales	258
2. La coincidencia de administradores o liquidadores de derecho	259
3. La coincidencia de administradores o liquidadores de hecho	259
4. La coincidencia de los apoderados generales.....	265
III. LA COINCIDENCIA DE LOS CÓMPLICES	266
IV. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE	267
1. Los efectos personales de la calificación del concurso como culpable.....	267
1.1. La inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona	268
1.2. La prohibición para ejercer el comercio o tener cargo o intervención directa en compañías mercantiles o industriales	269
2. Los efectos patrimoniales de la calificación del concurso como culpable	269
2.1. La extinción de derechos de crédito y la devolución de bienes y derechos obtenidos indebidamente	270
2.2. La indemnización de daños y perjuicios y la imposición de responsabilidad concursal.....	271
2.3. La imposición de medidas cautelares para asegurar la responsabilidad concursal.....	275
V. COORDINACIÓN DE OTROS ASPECTOS DE LA PIEZA DE CALIFICACIÓN.....	280
1. Personaciones recíprocas en las respectivas secciones de calificación	280
2. Posibilidad de que la administración concursal elabore un informe conjunto sobre la calificación	281
3. Posibilidad de oponerse conjuntamente a las respectivas calificaciones.....	282

<u>TERCERA PARTE: LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS</u>	283
CONSIDERACIONES GENERALES.....	285
CAPÍTULO XI. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS	287
I. CONCEPTO Y ORÍGENES: LA CONSOLIDACIÓN SUSTANTIVA O <i>SUBSTANTIVE CONSOLIDATION</i>	287
II. LAS MODALIDADES DE LA CONSOLIDACIÓN SUSTANTIVA	290
1. La consolidación completa y la consolidación parcial	290
2. La consolidación judicial y la consolidación consensual	291
3. La consolidación total y la consolidación relativa (<i>deemed substantive consolidation</i>)	292
III. EL PERÍMETRO DE CONSOLIDACIÓN	292
1. La consolidación incluyendo a <i>non-debtors</i>	292
2. La consolidación incluyendo a sujetos <i>in bonis</i>	293
IV. LA ADMISIBILIDAD DE LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	294
1. Precedentes	294
2. El régimen vigente	295
CAPÍTULO XII. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES	299
I. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO	299
II. LA FUSIÓN.....	302
III. LA SUBORDINACIÓN DE CRÉDITOS	302
CAPÍTULO XIII. LOS EFECTOS DE LA CONSOLIDACIÓN DE MASAS.....	305
I. LA NOVACIÓN SUBJETIVA DE CRÉDITOS	306
1. Consideraciones generales	306
2. La consolidación sustantiva entendida como una novación subjetiva de facto	307
3. El problema del consentimiento del acreedor.....	309
3.1. La ruptura con el principio de libertad contractual	309
3.2. El incremento de los costes de crédito y el menoscabo de la seguridad jurídica.....	310
3.3. La novación judicial de los créditos.....	311
4. La subsistencia del crédito originario.....	312
5. Efectos sobre los créditos	313
5.1. La discriminación entre acreedores	313
5.2. Perjuicio en función de la situación patrimonial de los deudores consolidados.....	315

5.3. Perjuicio en función del tipo de acreedor sobre el cual se produce	316
5.3.1. Créditos con privilegio especial	316
5.3.2. Créditos contra la masa, con privilegio general, ordinarios y subordinados	317
5.3.3. Accionistas	318
5.4. Consideraciones finales sobre los efectos sobre los créditos	318
II. LA «DEPURACIÓN» DE LAS MASAS PASIVAS	319
1. La eliminación de las reclamaciones internas	319
2. La eliminación de las reclamaciones dobles o duplicadas.....	321
3. La eliminación de las acciones rescisorias concursales y de las acciones de separación internas	322
III. LA COORDINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS CONEXOS CONSOLIDADOS.....	324
IV. CONSOLIDACIÓN Y REORGANIZACIÓN	324
V. CONSOLIDACIÓN DE PATRIMONIOS Y CONTRATOS EN CURSO.....	326
VI. CONSOLIDACIÓN DE PATRIMONIOS Y CALIFICACIÓN DE LOS CONCURSOS	326
CAPÍTULO XIV. LOS PRESUPUESTOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE MASAS	329
I. LA FALTA DE UNIFORMIDAD EN LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA.....	329
II. LA CONFUSIÓN DE PATRIMONIOS (REMISIÓN)	331
III. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA DE LAS SOCIEDADES PERTENECIENTES AL GRUPO Y LAS EXPECTATIVAS DE LOS ACREEDORES	331
IV. EL FRAUDE Y EL ABUSO DE LAS FORMAS SOCIETARIAS.....	333
V. LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE APLICABILIDAD DE LA CONSOLIDACIÓN SUSTANTIVA: EL (AB)USO DE CRITERIOS DE OPORTUNIDAD	334
1. Los <i>balancing tests</i>	335
2. Los <i>factor tests</i>	337
3. Crítica.....	337
VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES	339
CAPÍTULO XV. EL PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS	343
I. COMPETENCIA JUDICIAL Y CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS	343
II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS	343
III. TEMPORANEIDAD DE LA MEDIDA	344
IV. PUBLICIDAD DEL ACUERDO	346
V. LA REVOCACIÓN DEL ACUERDO	346
CAPÍTULO XVI. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES AFECTADOS POR LA CONSOLIDACIÓN DE MASAS.....	349

LOS CONCURSOS CONEXOS

I. EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES.....	349
II. EL CAUCE PARA OponERSE A LA CONSOLIDACIÓN DE PATRIMONIOS	350
III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA OponERSE A LA CONSOLIDACIÓN	351
IV. LOS EFECTOS DE LA OPOSICIÓN A LA CONSOLIDACIÓN	352
V. CONCLUSIONES SOBRE LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS	354
<u>CONCLUSIONES FINALES</u>	<u>357</u>
<u>LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS.....</u>	<u>365</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	<u>369</u>
<u>ANEXOS</u>	<u>401</u>

ABREVIATURAS

ADC: Anuario de Derecho civil
ADCo: Anuario de Derecho concursal
AAP: Auto de la Audiencia Provincial
AFDAH: Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares
AJM: Auto del Juzgado de lo Mercantil
ALI: American Law Institute
Am. Bankr. L. J.: American Bankruptcy Law Journal
Am. Bankr. Inst. L. Rev.: American Bankruptcy Institute Law Review
ATS: Auto del Tribunal Supremo
B. C. L. Rev.: Boston College Law Review
BOE: Boletín Oficial del Estado
Brook. J. Int'l L.: Brooklyn Journal of International Law
Canterbury L. Rev.: Canterbury Law Review
c.c.: codice civile
CC: Código Civil
CCom: Código de Comercio
CLR: California Law Review
CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Colum. L. Rev.: Columbia Law Review
Comm. L. J.: Commercial Law Journal
Conn. J. Int'l L.: Connecticut Journal of International Law
Conn. L. Rev.: Connecticut Law Review
c.p.c.: codice di procedura civile
d.l.: decreto legge
d.lgs.: decreto legislativo
DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir. banca: Diritto della banca e del mercato finanziario
Dir. fall.: Il Diritto fallimentare e delle società commerciali
DZWIR: Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBOR: European Business Organization Law Review
ECFR: European Company and Financial Law Review
EM: exposición de motivos
Emory Bankr. Dev. J.: Emory Bankruptcy Developments Journal
EWiR: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FJCFLL: Fordham Journal of Corporate & Financial Law
Ga. L. Rev.: Georgia Law Review
Giur. comm.: Giurisprudenza commerciale : società e fallimento
Hastings L. J.: Hastings Law Journal
III: International Insolvency Institute

InsO: Insolvenzordnung

InsO-E: Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen de fecha 3.1.2013.

Int'l & Comp. L. Q.: International and Comparative Law Quarterly

IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts

KO: Konkursordnung

KTS: Zeitschrift für Insolvenzrecht

l.fall.: legge fallimentare

LC: Ley Concursal

LCQ: Ley argentina 24.522 de Concursos y Quiebras

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LSC: Ley de Sociedades de Capital

MLR: Modern Law Review

Northwest. J. Int'l L. & Bus.: Northwestern Journal of International Law & Business

Northwest. U. L. Rev.: Northwestern University Law Review

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

NZI: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

PALC: Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995

PCM: Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (2013).

PCSM: Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles

PJM: Providencia del Juzgado de lo Mercantil

RCP: Revista de Derecho concursal y Paraconcursal

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDM: Revista de Derecho Mercantil

RdP: Revista de Derecho Patrimonial

RDPriv: Revista de Derecho Privado

RdS: Revista de Derecho de Sociedades

REI: Reglamento Europeo de Insolvencia

REP: Revista de Estudios Procesales

Rev. proc. coll.: Révue des Procédures Collectives Civiles et Commerciales

Riv. soc.: Rivista delle società

San Diego L. Rev.: San Diego Law Review

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

Tex. Int'l L. J.: Texas International Law Journal

U. Chi. L. Rev.: University of Chicago Law Review

U. Pitt. L. Rev.: University of Pittsburg Law Review

Vand. L. Rev.: Vanderbilt Law Review

Wayne L. Rev.: Wayne Law Review

ZGR: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrechts

ABBREVIATURAS

ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZWB: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

INTRODUCCIÓN

La novedosa categoría de los «concursos conexos» no se contemplaba expresamente en la Ley Concursal española hasta la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que introdujo un nuevo capítulo III en el Título I, precisamente con esa rúbrica. Antes de la reforma, sin embargo, ya existía una regulación (parca y fragmentada) de los concursos conexos (v., antiguos arts. 3.5, 25 y 101.2 LC). Aunque la reforma mejoró significativamente la normativa ahora derogada (al menos en la materia que nos ocupa), el resultado alcanzado no resulta satisfactorio. Al contrario, como se pondrá de manifiesto a lo largo del presente trabajo, los concursos conexos siguen siendo una cuestión oscura, con múltiples aristas que pulir e interrogantes que resolver.

Esta tesis doctoral consta de tres partes, nítidamente diferenciadas. La primera comienza con la exposición de los distintos (y muy heterogéneos) supuestos de concursos conexos que contempla la Ley Concursal y ensaya una definición del tipo de conexión que el legislador estima relevante y de una entidad suficiente como para otorgar a tales concursos la posibilidad de un tratamiento diferenciado. A continuación, reconstruye la función de este tratamiento en torno a dos ejes principales: el tradicional principio de separación entre procedimientos y el interés de los concursos. Conforme a la construcción teórica sugerida, es el interés de cada uno de los concursos conexos lo que justifica alteraciones o desviaciones respecto a la separación entre los mismos. En otras palabras, el régimen específico (y facultativo) previsto para los concursos conexos pretende coadyuvar a la consecución de la finalidad esencial del concurso: la satisfacción de los acreedores. Además, como se verá, la adopción de una perspectiva funcional no solo se emplea para reconstruir la finalidad en abstracto de la regulación de los concursos conexos, sino que también permite justificar la conveniencia u oportunidad de un tratamiento específico en cada caso concreto.

En función de la intensidad con la que se module la vigencia del principio de separación, es posible identificar dos grandes modelos de tratamiento de los concursos conexos: el de coordinación y el de consolidación, a los cuales están dedicadas, respectivamente, la segunda y tercera parte de la investigación.

El modelo de coordinación procedimental de la Ley Concursal gira en torno a la figura de la «acumulación de concursos». Tras explorar las similitudes y las diferencias respecto de otras figuras afines, y alcanzar conclusiones sobre su naturaleza, la tesis doctoral describe en detalle las dos modalidades de acumulación de concursos: la inicial y la sobrevenida. En concreto, se abunda en el procedimiento para decretar la segunda y se insiste en la necesidad de no trasladarlo automática y acríticamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino de adaptarlo y configurarlo conforme a los principios rectores y a la finalidad del concurso de acreedores. La segunda parte del trabajo recorre los principales instrumentos de coordinación. A nivel orgánico, se analizan en detalle la concentración de las competencias judiciales y el nombramiento de una administración

concurzal común, señalando no solo las ventajas de tales medidas sino también los inconvenientes que pueden plantearse y las posibles vías para minimizar el impacto de los mismos, a menudo importadas del Derecho extranjero. A nivel procedimental, se exploran también los mecanismos que pueden emplearse para coordinar los concursos, prestando singular atención a la fase solutoria de los mismos y a la sección de calificación.

La tercera parte de la tesis está dedicada en exclusiva al estudio de la consolidación de los patrimonios de los deudores conexos y a su admisibilidad en el Derecho español. Tras la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, parece abrirse la puerta a esta posibilidad. Sin embargo, la consolidación patrimonial choca frontalmente con los principios inspiradores del Ordenamiento jurídico español (singularmente, la personalidad jurídica separada y la responsabilidad limitada). Esta tesis doctoral aborda en profundidad los aspectos relacionados con la consolidación de las masas, la distingue de figuras afines (como el levantamiento del velo societario) y describe sus efectos atendiendo, principalmente, a la perspectiva de los acreedores (los principales afectados por la medida). Se analizan igualmente las circunstancias en las cuales, típicamente, se ha acordado la consolidación a partir del estudio del *case-law* estadounidense, y se compara con los casos en los cuales la medida resulta admisible en Derecho español. Asimismo, se debate la posibilidad de extender la consolidación a otros casos no previstos expresamente por el legislador. Por lo que respecta al procedimiento para decretar la consolidación, y ante el sepulcral silencio de la norma, se procede (cauteladamente) a su reconstrucción. Por último, se analiza el importante problema de la protección de los acreedores afectados por la consolidación y la tensión entre esta y el principio de la *par condicio creditorum*.

En definitiva, la presente tesis doctoral pretende poner de manifiesto una regulación incompleta que apenas ha llegado a aprehender una mínima parte de la complejidad de la materia abordada y que, por ello, a pesar de avanzar por la senda correcta, debe ser objeto de una profunda integración y complementación legislativa.

PRIMERA PARTE: LOS CONCURSOS CONEXOS

CAPÍTULO I. LA CONEXIÓN ENTRE CONCURSOS

I. Concursos conexos versus concursos aislados

La presente investigación versa sobre el tratamiento de los concursos conexos. Esta expresión carecía de refrendo normativo expreso hasta la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que introdujo un nuevo capítulo III en el Título I de la Ley Concursal. Sin embargo, los concursos conexos ya eran objeto de tratamiento en la normativa concursal con anterioridad a tal reforma, aunque de forma fragmentaria, poco sistemática y con importantes lagunas (antiguos arts. 3.5, 25 y 101.2 LC)¹. La reforma, si bien ha contribuido a sistematizar la regulación de los concursos conexos dotándola de la entidad propia que merecía², resulta insuficiente³, especialmente a la luz de la extraordinaria proliferación de los mismos durante los últimos años⁴.

Con carácter general, pueden definirse los concursos conexos por contraposición a los concursos aislados, entendiendo que entre los primeros media un vínculo que no existe entre los segundos⁵. A lo largo del presente trabajo emplearemos a menudo los binomios «concursos conexos/concursos aislados» y «deudores conexos/deudores aislados» para contraponer el tratamiento que unos y otros merecen, así como para señalar las circunstancias que separan ambas categorías y, por ello mismo, justifican tratamientos

¹ Antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, la problemática de los concursos conexos resultaba por

² La necesidad de reforzar el régimen de los concursos conexos a la vista de la práctica acumulada la ha apuntado el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia que impulsó la reforma operada por la Ley 38/2011. V. HURTADO IGLESIAS, S., «La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010», *RCP*, núm. 14 (2011), p. 22, donde afirma que el establecimiento de un nuevo Capítulo III dentro del Título I se debe al entendimiento de que la materia de los concursos conexos tiene sustantividad suficiente como para merecer un capítulo propio.

³ Así lo ha señalado el Profesor OLIVENCIA, M., «Los motivos de la reforma de la Ley Concursal», *RCP*, núm. 17 (2012), p. 29: «Más escasa resulta la justificación de los concursos conexos [...] por la insuficiencia de la nueva regulación». También se ha apuntado que es criticable la técnica legislativa utilizada en la redacción del precepto (en el art. 25 y también en el art. 25 bis), que mezcla sin distinción la propia enunciación de los supuestos de conexidad que contempla con cuestiones procedimentales (competencia o legitimación). No se contiene una regulación completa de la materia (pues deja irresueltas otras cuestiones, especialmente las procedimentales que tantos problemas están generando en la práctica) y no constituye una regulación unitaria (porque existen otras normas al respecto en otros preceptos, como por ejemplo el art. 101.2 LC). V., recientemente, ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», *RCP*, núm. 16 (2012), p. 45.

⁴ Destaca, tanto por la repercusión mediática como por el número de sociedades involucradas y el pasivo global acumulado, el caso del conglomerado empresarial conocido como Nueva Rumasa, controlado por la familia Ruiz-Mateos y cuya debacle ha coincidido en el tiempo con la elaboración de este trabajo de investigación. Una treintena de sociedades pertenecientes al mismo han sido declaradas en concurso en puntos geográficamente dispersos por la geografía española (por ejemplo, Grupo Dhul, S. L., Clesa, S. L., Cacaolat, S. A., etc.). No faltarán en la presente investigación referencias a este caso concreto, por la complejidad de situaciones que ha generado.

⁵ Téngase en cuenta que, en puridad, no tiene sentido hablar de «un concurso conexo», sino que siempre deberemos referirnos a «varios concursos conexos», porque todo concurso es aislado en tanto no mantenga una vinculación o un nexo con otro.

diferentes. Quedan excluidos de nuestra investigación aquellos aspectos en los cuales el tratamiento de un concurso conexo no se diferencia del de un concurso aislado.

La primera precisión que debe hacerse incluso antes de entrar en materia, es que, para hablar de concursos conexos, es necesario que existan varios concursos, esto es, que no basta con que se declare el concurso de un sujeto (persona natural o jurídica), por muy conectado o vinculado que esté con otros sujetos, si al menos uno de estos últimos no vaya a ser, o haya sido también, declarado en concurso. En otras palabras, no forman parte de nuestro objeto de estudio los casos de crisis circunscrita o periférica, en los que solo uno de los sujetos conexos es insolvente o está ya inmerso en un procedimiento de insolvencia. Es necesario, al contrario, que al menos dos de dichos sujetos sean insolventes o se encuentren ya en concurso para que resulten de aplicación las consideraciones vertidas en esta investigación. Ello no obsta para que, puntualmente, aparezcan en ella algunos sujetos conexos *in bonis* (por ejemplo, las sociedades solventes que pertenezcan al mismo grupo que otras sociedades insolventes)⁶.

La segunda precisión consiste en aclarar que el presente trabajo se ciñe al estudio de los concursos conexos en el ámbito doméstico. Quedan fuera del mismo los concursos conexos con elementos internacionales. Ello no impide que se hayan importado algunas de las soluciones dadas en el Derecho internacional privado a los problemas que surgen a nivel doméstico (especialmente, en materia de cooperación de órganos jurisdiccionales y administraciones concursales)⁷.

II. La tipología de los concursos conexos

1. Sistema de *numerus clausus* versus sistema de *numerus apertus*

Existen dos formas de categorizar los concursos conexos. La primera de ellas consiste en establecer, mediante una cláusula general, qué se entiende por concursos conexos (*rectius*, qué tipo de conexión resulta jurídicamente relevante y consiguientemente justifica un tratamiento especial de los concursos). La segunda, por el contrario, consiste en elaborar un elenco de supuestos concretos en los cuales se da una conexión entre concursos que merece una especial atención. El principal inconveniente de la primera alternativa radica en la inseguridad jurídica que provoca (ya que, a menos que la conexión sea definida con absoluta precisión —algo prácticamente imposible—, los interesados no pueden anticipar con certeza el tratamiento que van a recibir los concursos), pero que puede verse

⁶ Las referencias a los sujetos conexos *in bonis* aparecen esencialmente en las secciones que se ocupan del convenio en los concursos conexos y de la consolidación sustantiva, v., *infra*, Segunda Parte, capítulo VIII y Tercera Parte. Sin embargo, no son los únicos casos en los que estos sujetos pueden cobrar protagonismo, pese a quedar necesariamente al margen de la acumulación o de la consolidación. Por ejemplo, en los grupos, alguna de las sociedades solventes del mismo puede ser administradora (de hecho o de derecho) de una de las concursadas, y de este modo estar obligada a colaborar con la administración concursal y ser susceptible de ver embargado su patrimonio (art. 48 ter LC) o afectada por la calificación del concurso (art. 172 LC). V., para más detalles, *infra*, Segunda Parte, capítulo X.

⁷ V., *infra*, Segunda Parte, capítulos V y VI.

compensada por la flexibilidad que permite. Al contrario, la segunda fórmula adolece de una mayor rigidez y puede por ello dejar fuera determinados supuestos merecedores de un tratamiento específico, aunque hace posible para los agentes el anticipar la suerte que van a correr los procedimientos.

La Ley Concursal española opta por establecer una lista de supuestos, la cual, conforme entiende la mayoría de la doctrina y sin perjuicio de la opinión que ello nos merezca, constituye un sistema cerrado de *numerus clausus*⁸. Ello plantea dos grandes problemas. El primero de ellos consiste en determinar si existen supuestos de conexiones entre concursos, no incluidos en la enumeración legal, respecto de los cuales resulte aconsejable un tratamiento diferenciado de aquel que se dispensa a los concursos aislados. El segundo —y principal— problema que surge a la hora de analizar el elenco de supuestos de conexiones entre concursos que el legislador estima dignas de un tratamiento especial es el de desentrañar el fundamento que, en cada caso o en general, justifica dicho tratamiento, para posteriormente inducir el concepto de «conexión» que resulta relevante. La heterogeneidad de los supuestos es tal que difícilmente puede establecerse un hilo conductor que aglutine todos los supuestos bajo un denominador común. Esa heterogeneidad también impide explicar por qué determinadas conexiones, y no otras de semejante calado, se estiman relevantes. La sistematización de los supuestos deviene aún más complicada, por último, debido a la posibilidad de solapamiento entre supuestos.

Como puede observarse, la solución que demos al primer problema (la extensión de un tratamiento específico a supuestos de conexiones entre concursos no incluidos en el elenco de la Ley Concursal) dependerá de la respuesta que hallemos respecto al segundo problema (la naturaleza o el tipo de conexión que el legislador estima relevante de cara a otorgar dicho tratamiento específico). Por eso, a continuación se exponen y se comentan los distintos supuestos de concursos conexos que contempla la vigente redacción de la

⁸ Así lo entiende la mayoría de los autores, entre otros, GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 293 y 297; 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, p. 455; BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 553. Se han dado asimismo supuestos en la práctica jurisdiccional. Por ejemplo, el AAP Barcelona [15.ª] 6.5.2008, relativo a la solicitud conjunta de concurso de acreedores de una sociedad y de su administrador; o el AJM 2 Barcelona 13.10.2005, relativo a la declaración conjunta de una sociedad unipersonal y su socio único. En este último caso, el Juzgado razonó que, aunque la acumulación del concurso de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada y el concurso del socio único (quien no responde de las deudas contraídas por la sociedad), es un supuesto de acumulación que no encuentra acomodo en ninguno de los supuestos de los artículos 25 y 3.5.º de la Ley, lo cierto es que, aun cuando el socio único no es responsable por Ley, puede serlo por contrato (así puede inferirse del hecho de que los deudores tengan acreedores comunes). Por otro lado, el socio único ostenta un poder de decisión pleno sobre la sociedad y, por ende, su situación se asemeja al de la sociedad dominante respecto de las sociedades dominadas. Todo ello, unido a otras consideraciones de índole práctica, aconseja admitir la acumulación.

Ley Concursal española⁹. Esta exposición persigue un objetivo doble: por un lado, pretende acotar con precisión la extensión de cada supuesto o su ámbito de aplicación. Por otro lado, se aspira a definir y justificar el tipo de nexo entre deudores que es relevante a efectos concursales. Téngase en cuenta que, al no existir una definición general y universal de lo que deba entenderse por «concurros conexos» en la Ley, y solo contando con una enumeración de supuestos (entendamos o no que es ejemplificativa, v., nota 8), deberemos proceder según el método inductivo para alcanzar —si acaso fuese posible— la ansiada definición de la categoría. Solo después de haber completado esta tarea podremos enfrentarnos al reto de intentar decantar una definición omnímoda de los concursos conexos que trascienda la heterogeneidad de los supuestos que la Ley Concursal enumera.

La metodología que seguiremos comienza, pues, por el análisis fenomenológico de los concursos conexos a partir del elenco de supuestos que enumera la Ley Concursal. A partir de ahí, mediante un razonamiento inductivo, pasaremos a indagar la esencia de la conexión entre concursos en cada uno de los casos, lo cual exigirá preguntarnos por el concreto nexo o vínculo que el legislador estima suficientemente relevante como para justificar un tratamiento específico para determinados procedimientos concursales (es decir, la respuesta a «por qué», para el legislador, son conexos unos determinados concursos y no otros). Solo en una fase posterior ahondaremos en la siguiente pregunta lógica: el «para qué» de la creación de esta categoría jurídica, que nos permitirá extraer conclusiones sobre «cuando» o «si» procede emplearla. El «como», es decir, el tratamiento que debe darse a los concursos conexos se aborda en el cuerpo de la investigación¹⁰.

2. Los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo

La pertenencia de diversas sociedades a un mismo grupo se considera en varios Ordenamientos una conexión relevante entre los concursos que les hace merecedores de un tratamiento especial¹¹. Además, es el supuesto más habitual en la práctica y el que más

⁹ A los meros efectos de determinar cuáles son las conexiones entre concursos que el legislador español estima relevantes, se han unificado aquí los supuestos en los que se permite la acumulación inicial de concursos (art. 25 LC) y los supuestos en los que se permite la acumulación posterior de los mismos (art. 25 bis). Como se analizará de forma crítica más adelante (v., infra, Segunda Parte, capítulo IV), los grupos de supuestos no son homogéneos pese a que los efectos de uno y otro tipo de acumulación son sustancialmente idénticos. Sin embargo, tanto los unos como los otros son, sin duda alguna, supuestos de concursos conexos, por lo que se ha estimado conveniente su análisis conjunto en esta fase introductoria del trabajo de investigación.

¹⁰ También PAULUS, C., «Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht», ZGR, núm. 39 (2010), p. 275 insiste (en el caso de los grupos) en que no basta con analizar «como» (*wie*) han de tratarse los concursos conexos, sino también «si» (*ob*) debe hacerse o no. Por eso, antepone en este estudio el análisis funcional del tratamiento de los concursos conexos al estudio del tratamiento en sí.

¹¹ Por ejemplo, en Italia se les reconoce un régimen especial dentro de la *amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, en el Título IV, capítulo I, arts. 80 y ss. del d.lgs. de 8 de julio de 1999 (n.º 270), que ha sido objeto de sucesivas modificaciones, y también en el d.l. de 23 de diciembre de 2003 (n.º 347), que regulan, respectivamente, los regímenes de *amministrazione straordinaria* común y especial. Al respecto, la más autorizada doctrina concursalista italiana afirma que «[t]rova quindi espressa consacrazione normativa l'idea della necessità di favorire, nell'ipotesi del “gruppo insolvente”, la gestione unitaria dell'insolvenza,

atención de la doctrina ha acaparado¹², hasta el punto de llegarse a afirmar que «el Derecho concursal de grupos viene a ser la piedra de toque de los concursos de las sociedades que lo integran»¹³, habida cuenta de que el grupo carece de personalidad jurídica y, por ello, los órganos jurisdiccionales no pueden abrir un único concurso para varias sociedades, por muy vinculadas que estén entre sí en virtud de la pertenencia al mismo grupo¹⁴. Por eso no debe extrañar que, a lo largo del presente trabajo, sea el ejemplo al cual más se recurre (de hecho, se siguen aquí las recomendaciones de la CNUDMI para el tratamiento de los grupos en caso de insolvencia extrapolándolas al resto de casos de concursos conexos)¹⁵. Ha de advertirse, sin embargo, que aunque el caso de los grupos sea el que con mayor frecuencia aparece en las páginas de esta

superando il diaframma costituito dall'autonomia giuridica delle singole componenti del gruppo». V. NIGRO, A., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Roma [Melissa], 2000, p. 102 y NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursuali*, 2.ª ed., Bologna [Mulino], 2012, pp. 493 y ss. También COSTA, C., y PAPPALARDO, A., «Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese», en Costa (dir.): *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Turín [Utet], 2008, p. 668. En idéntico sentido, BONFATTI, S., «Il “gruppo” di imprese nell'amministrazione straordinaria en el fallimento», *Dir. Banca*, núm. 1 (1999), p. 15. En Argentina, los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo también gozan de un tratamiento específico (arts. 65 y ss. LCQ). Incluso en Alemania, donde no existen reglas sobre concursos conexos, esta carencia ha sido muy criticada, especialmente —por no decir exclusivamente— en el caso de sociedades pertenecientes al mismo grupo. Así, por ejemplo, HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», *ZIP*, núm. 10 (2008), pássim. También EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tubinga [Mohr Siebeck], 1998, pássim y UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», *NZI*, núm. 2 (1999), pássim. A tiempo de cierre del presente trabajo de investigación, el *Bundesministerium der Justiz* alemán ha hecho pública una propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *InsO* (*Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*, en adelante *InsO-E*, de fecha 3.1.2013), que tiene por objeto, exclusivamente, facilitar la tramitación de los procedimientos de insolvencia que, de forma simultánea o sucesiva, se abran sobre los patrimonios de sociedades pertenecientes a un mismo grupo (las llamadas *Konzerninsolvenzen*). Más adelante se hará referencia a este Anteproyecto; sobre el mismo v. FLORES SEGURA, M., «La propuesta de reforma de la *Insolvenzordnung* en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo», *ADCo*, núm. 29 (2013), pp. 441 a 458. En España, podría pensarse que la introducción de los supuestos de grupos de sociedades en el elenco de supuestos de concursos conexos y, por consiguientes, susceptibles de un tratamiento especial, es una muestra de la superación de lo que EMBID llamó «el agnosticismo legislativo en materia de grupos». V. EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, Granada [Comares], 2003, p. 30.

¹² No extraña por lo tanto la afirmación de GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., p. 171, consistente en que, de entre todas las situaciones de insolvencia que presentan estrechas vinculaciones que aconsejan un tratamiento conjunto o coordinado, destacan por paradigmáticos los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo.

¹³ Así lo afirma SCHMIDT, K., *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen (Befunde, Kritik, Perspektiven)*, Colonia [Kommunikationsforum], 1990, p. 221.

¹⁴ V., por todos, UHLENBRUCK, «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 43.

¹⁵ Un resumen de la esencia de esas recomendaciones —y del proceso de su confección— puede encontrarse en PAULUS, C., «Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht», cit., pp. 270 a 294 y también en 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. V., también, especialmente en cuanto a la génesis de las mismas, MORÁN BOVIO, D., «Conclusión en UNCITRAL del acto segundo sobre las tareas acerca de la insolvencia», *AFDAH* (2010) pp. 55 a 72. A lo largo del presente trabajo se irá trayendo a colación cada una de las recomendaciones en tanto resulten aplicables.

investigación, no se pretende en modo alguno estudiar el fenómeno de los grupos insolventes (*rectius*, de sociedades insolventes pertenecientes al mismo grupo), y ello porque la investigación ni versa solo sobre grupos (ya que se abordan otros supuestos de conexión) ni abarca todas las cuestiones de la insolvencia en el seno de un grupo (quedan fuera, en la medida en que no requieran un tratamiento específico en virtud de la conexión con los concursos de otros miembros del grupo, el análisis de las acciones de rescisión concursal, de la subordinación crediticia, etc.)¹⁶.

2.1. Delimitación del supuesto

La Ley Concursal considera concursos conexos los referidos a «quienes formen parte de un grupo de sociedades» tanto a efectos de una acumulación ab initio (art. 25.1 LC) como a efectos de una acumulación posterior (art. 25 bis.1-1.º LC). La reforma de la Ley 38/2011 eliminó, con buen criterio, ciertos requisitos adicionales que habían exigido con la redacción anterior de la norma y que causaban —justificadamente— una gran perplejidad en la doctrina¹⁷.

¹⁶ Acudiendo a la Teoría de Conjuntos, podríamos representar gráficamente la relación entre los concursos conexos y los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo mediante un diagrama de Venn: ambas categorías formarían conjuntos distintos, aunque parcialmente superpuestos. Son el fenómeno más común y el más estudiado, pero no el único.

¹⁷ Antes de la reforma, el hecho de que varios deudores perteneciesen a un mismo grupo también se contemplaba como un supuesto de conexión, mas de una forma ciertamente caótica. Así, se permitía la solicitud de declaración conjunta siempre y cuando los deudores fuesen personas jurídicas y formasen parte del mismo grupo, «con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones» (antiguo art. 3.5 LC). Igualmente se permitía la acumulación posterior, de forma que, «en el caso de concurso de la sociedad dominante de un grupo [...] puede solicitarse la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo» (antiguo art. 25.1 LC). Generaba perplejidad, en primer lugar, el requisito de la «identidad sustancial» de los miembros del grupo, que se exigía para la acumulación inicial y no para la acumulación posterior. Por ejemplo, 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, p. 202, señala que no se exige la identidad de todos los miembros, sino una identidad sustancial, de forma que «es suficiente que haya una identidad de personas que supongan la mayoría que permita adoptar acuerdos en las juntas generales. El adjetivo sustancial no implica por lo tanto identidad personal, sino que, utilizando los medios que ofrece el ordenamiento, el grupo dominante de una sociedad deudora pueda decidir también por la otra sociedad deudora [...]. Los entrecruzamientos de participaciones de las sociedades del grupo pueden crear esta situación, con mayoría estable de participación: A participa con el 30% en B y con el 60% en C, que, a su vez, participa en B con el 30% y con el 50% en D, que, a su vez, participa, participa en B; parece indudable que, a través de las participaciones en C y en D, el grupo sustancialmente mayoritario en B es igual que el grupo mayoritario de A a través de participaciones indirectas». Por su parte, 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, p. 1936, advertía de los peligros del precepto, ya que de ahí podía derivarse un nuevo concepto de grupo. En cuanto al alcance de la expresión «identidad sustancial», afirmaba en p. 1941, tras una extensa disertación, que la misma «no va referida a las relaciones de participación entre dos sociedades del mismo grupo, sino a la otra posibilidad que planteábamos: las características esenciales de los miembros del grupo. Pensamos en las notas definidoras de una sociedad, como son el objeto, la denominación, el domicilio o el órgano de administración. Y consideramos que, cuando el legislador hace referencia a la identidad sustancial, está pensando en realidad en aquellos supuestos de sociedades de un mismo grupo entre las cuales existen coincidencias en todos o algunos de los referidos aspectos fundamentales». También han escrito sobre este particular LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *ADC*, núm. 26

La reforma también ha eliminado las dudas que asaltaban a algunos de los primeros comentaristas en torno al concepto de grupo al que se refería la Ley Concursal¹⁸, al remitirse expresamente al concepto extraconcursal de grupo del artículo 42.1 del Código de Comercio (D. A. 6.ª LC)¹⁹. El hecho de que el concepto concursal de grupo coincida con el societario puede reputarse positivo por cuanto facilita la labor al jurista al impedir la proliferación de conceptos sectoriales (por ejemplo, el grupo a efectos fiscales, el grupo a efectos laborales, etc.)²⁰.

El problema es que, como se ha señalado —y criticado—²¹, solo contempla los grupos verticales o jerárquicos y no los grupos horizontales o por coordinación. En coherencia

(2012), p. 259 y PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 453, que recuerda que la exigencia relativa a la identidad sustancial de los miembros se llegó a calificar como un levantamiento del velo y alaba la supresión de este requisito. En segundo lugar, tampoco se comprendía la exigencia adicional de la «unidad de decisión» para la acumulación ab initio (y no para la acumulación posterior), que ya de por sí se consideraba un elemento definidor del grupo (*ex art. 42 CCom*). Así lo señala DUQUE DOMÍNGUEZ, J., *ibíd.*, p. 202. En el mismo sentido, ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 222, señala la redundancia de este segundo requisito.

¹⁸ En este sentido, v. GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Art. 3. Legitimación», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, p. 73; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Pulgar Ezquerra; Alonso Ledesma; Alonso Ureba y Alcover Grau (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Dykinson], 2004, p. 517; PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., pp. 449 y ss. Esta perplejidad también se plasmó en algunas resoluciones judiciales, por ejemplo, v. AJM 1 Madrid 29.11.2004, AJPI 9 Córdoba 16.6.2005, SJM 2 Bilbao 11.10.2006, AJM 7 Madrid 11.12.2006, AAP Palma de Mallorca [5.ª] 29.3.2007, AJM 1 Sevilla 13.6.2007, AJM 6 Madrid 24.1.2008 y AJM 5 Madrid 8.9.2008.

¹⁹ La necesidad de acudir a normas extraconcursoales para acotar el concepto de grupo al que se refería la Ley Concursal antes de la reforma de la Ley 38/2011 ya había sido apuntada por parte de la doctrina. Así, ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 222; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 199; del mismo autor, «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 517, donde, tras afirmar que «[e]l intérprete se encuentra ante el problema de escoger uno de los conceptos del ordenamiento español o de construir uno ad hoc para el funcionamiento de la institución concursal», se decanta por acudir a normas extraconcursoales. También MERCADAL VIDAL, F., «Art. 3. Legitimación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 50; GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., pp. 299 y ss.; VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», *RCP*, núm. 5 (2006), p. 273. Por su parte, FERRÉ FALCÓN, J., «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», cit., p. 1935, considera, en cambio, que debería haberse introducido en la norma un concepto concursal de grupo.

²⁰ En un sentido parecido se expresa EMBID IRUJO, J. M., al afirmar que «no hay razón aparente que justifique un concepto propio del grupo dentro del ámbito del Derecho concursal». Vid. EMBID 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, p. 1897.

²¹ Así, LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 260, se pregunta si el grupo sobre cuyos miembros se active una solicitud acumulada de concursos debe ajustarse al concepto de grupo de la nueva Disposición Adicional 6.ª de la Ley Concursal. Y contesta que la respuesta ha de ser negativa, «porque pese a disponer ya de un concepto de grupo de sociedades, este sigue siendo una situación de hecho que admite muchas configuraciones y, por tanto, han de tener cabida en él todos los grupos de sociedades, incluso los que no se ajusten al marco del artículo 42 del Código de Comercio. Por ejemplo, el conjunto de sociedades sometidas al control común de una persona física y sin sociedad dominante».

con la postura flexible que aquí se defiende, y de acuerdo con las recomendaciones de la CNUDMI en materia de tratamiento de sociedades pertenecientes al mismo grupo²² y con la reciente propuesta de reforma de la *InsO*²³, nos inclinamos por ampliar la extensión subjetiva de este supuesto a los grupos por coordinación²⁴. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales están optando por aplicar de forma estricta el concepto de grupo, excluyendo de las ventajas del tratamiento específico de los concursos conexos a las sociedades que forman parte de un grupo horizontal²⁵.

Otra de las cuestiones que se ha homogeneizado con la reforma es que, tanto para ser susceptibles tanto de acumulación inicial como de acumulación posterior, los deudores conexos pertenecientes al mismo grupo deben ser sociedades (arts. 25.1 y 25 bis.1-1.º LC)²⁶. Sin embargo, esta opción legislativa parece injustificada, como ya habían señalado algunos de los comentaristas de la versión derogada de la Ley Concursal²⁷, puesto que

²² *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 8.

²³ El Anteproyecto es aplicable a aquellas sociedades que formen parte de un grupo de empresas (*Unternehmensgruppe*) (§ 3a (4) *InsO-E*). A diferencia de lo que sucede en el Ordenamiento español, el texto prelegislativo alemán incluye, como merecedoras de un tratamiento específico de sus procedimientos de insolvencia, a las sociedades que forman parte de grupos horizontales (*Gleichordnungskonzerne*), porque entiende que los beneficios de la coordinación también se dan en estos casos y no solo en los grupos verticales.

²⁴ Téngase en cuenta que la reciente Propuesta de Código Mercantil de 2013 incluye, en la noción de grupo, tanto a los grupos por subordinación como a los grupos por coordinación (art. 291.1 PCM).

²⁵ V., por ejemplo, los AJM 12 Madrid 6.3.2012 y AJM 6 Madrid 7.11.2012, que desestiman la solicitud de acumulación de concursos de varias sociedades integradas en un grupo por coordinación, al entender los Juzgadores que, con la reforma de la Ley 38/2011, el legislador optó claramente por el concepto de grupo jerárquico, con exclusión de los grupos horizontales. Antes de la reforma, algunos tribunales ya optaban por excluir de la posibilidad de acumulación a los grupos por coordinación, v., por ejemplo, el AJM 6 Madrid 24.1.2008.

En el ámbito internacional, la propuesta de reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia de 12 de diciembre de 2012 (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation N° 1346/2000 on insolvency proceedings) también parece restringir el tratamiento específico previsto para las sociedades integradas en un mismo grupo a los grupos por subordinación, puesto que define el concepto de «grupo» como «matriz y filiales». En efecto, en el artículo 2, que contiene las definiciones se establece que «group of companies means a number of companies consisting of parent and subsidiary companies».

²⁶ Antes de la reforma, la acumulación inicial se permitía a «personas jurídicas» que formasen parte de un grupo y la acumulación posterior se permitía a «sociedades» integrantes del mismo (antiguos arts. 3.5 y 25.1 LC).

²⁷ Así, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 517, afirmaba que «[l]a referencia a sociedades no comprende estrictamente otras personas jurídicas (p.e., fundaciones) ni personas físicas que solas o en concierto y sistemáticamente ejerzan (o puedan ejercer) una influencia determinante (art. 4 LMV). Pero no hay razón para que queden excluidas y puede razonarse en estos casos la acumulación cuando se solicite». En idéntico sentido, BONET NAVARRO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, p. 239; GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., pp. 301 y 302; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «El concepto de grupo en la Ley Concursal», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, p. 2314; y EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y Derecho concursal», cit., p. 1896, quien insiste en que la versatilidad del concepto de grupo permite, cada vez más, la integración en él, sobre todo en su cabecera mediante el

excluye tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas que no revistan forma societaria (como, por ejemplo, las fundaciones). Ante la práctica empresarial común consistente en situar en la cabecera de un grupo a una persona física o una fundación²⁸, resulta desafortunada la restricción que marca la Ley en cuanto a los miembros del grupo cuyos concursos pueden ser objeto de un tratamiento acumulado²⁹. Por eso, aunque la interpretación literal de la norma nos aboque a la conclusión opuesta, parece más acorde con la finalidad de la misma una interpretación extensiva, que permita incluir, como sujetos cuyos concursos pueden acumularse —tanto de forma inicial como sobrevenida—, a todos los miembros del grupo, con independencia de si revisten o no forma societaria³⁰.

Por último, tampoco cabe ya duda en cuanto a que puedan acumularse los concursos de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo aunque no esté en concurso —ni, por consiguiente, vaya a acumularse a estos— la sociedad dominante³¹.

2.2. *Justificación de la conexión*

En el caso de los grupos, la conexión que puede hacer conveniente un tratamiento especial de los concursos de varios de sus miembros es diversa. Por un lado, puede solaparse con otra causa de conexión, concretamente con la confusión de patrimonios. Sin embargo, el factor en el que más insiste la doctrina (especialmente la alemana y la estadounidense) para postular un tratamiento específico de los concursos de los miembros de un grupo es la necesidad de atender a la realidad económica del grupo (como forma, entre otras cosas, de proteger a los acreedores de este).

Como es sabido, el grupo, en cuanto tal, carece de personalidad jurídica. Las personas jurídicas son las sociedades que lo integran³². Pese a ello, es posible que estas sociedades

ejercicio de la dirección unitaria, de personas físicas y fundaciones. Por eso cree que no debería limitarse a las «sociedades», sino, más ampliamente, a los sujetos o integrantes del grupo.

²⁸ Si bien es cierto que en la realidad económica no faltan ejemplos de auténticos grupos de empresas encabezados por fundaciones, se trata de una cuestión que genera múltiples problemas jurídicos. V., al respecto, EMBID IRUJO, J. M., «La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos», *RDM*, núm. 278 (2010), pp. 1373 a 1400, y también FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Pamplona [Civitas], 2007, pp. 44 y 45.

²⁹ Recientemente, ha criticado la exclusiva alusión a las sociedades LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 256.

³⁰ Es cierto que debe primar el sentido literal de la norma, que se refiere a grupos «de sociedades». Sin embargo, existen varias interpretaciones posibles: por un lado, los grupos formados *exclusivamente* por sociedades (interpretación estricta) y, por otro, los grupos formados por sociedades y por otro u otros deudores con forma no societaria (interpretación amplia). Entendemos que la segunda se acomoda mejor a la intención reguladora y los fines del legislador (i. e., procurar una tramitación más eficiente de los concursos conexos), por lo que resulta preferible. V. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona [Ariel], 2001, pp. 341 y ss.

³¹ Antes de la reforma de la Ley 38/2011, algunos tribunales habían interpretado de forma estricta el artículo 10.4 de la Ley Concursal, lo cual había dado lugar a que no se admitiese la acumulación (ni inicial ni posterior) si la sociedad dominante del grupo no estaba incluida en el perímetro de acumulación. Así, por ejemplo, los AJM 1 Pontevedra 20.4.2007 y AJM 6 Madrid 24.1.2008.

formen, a nivel económico, organizativo o empresarial, una unidad. Como reflejo de esta dicotomía, existen dos grandes aproximaciones al fenómeno de los grupos. El primer enfoque, más tradicional, se centra en la estructura formal de los componentes del grupo, esto es, en la separación entre estos y la responsabilidad limitada de cada uno. Se aprehende el grupo como una amalgama de entidades independientes, cada una con una personalidad jurídica separada. Por el contrario, el segundo enfoque presta más atención a la realidad económica del grupo en tanto que unidad empresarial³³. En la literatura estadounidense se han denominado, respectivamente, la perspectiva basada en la sociedad (*entity-based perspective*) y la perspectiva basada en la empresa (*enterprise-based perspective*)³⁴. Por contraposición a la perspectiva de la sociedad —a la cual se critica duramente³⁵, la

³² Esto es así también en Alemania, pese a que su regulación de los grupos es muy distinta de la nuestra. En Derecho alemán el procedimiento de insolvencia únicamente se aplica a sujetos de derecho (i. e., a las personas físicas o jurídicas que integran el grupo). V. UHLENBRUCK, «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 43; EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», *DZWIR*, núm. 9 (1999), p. 353; HAAS, U., «§ 95 Konzern und Insolvenz», en Gottwald (ed.): *Insolvenzrechtshandbuch*, 4.ª ed., Múnich [C. H. Beck], 2010, p. 1687; RIEBLER, V., y KOLBE, S., «Konzernmitbestimmung in der Insolvenz», *KTS*, núm. 70 (2009), p. 284; GRAEBER, T., «Der Konzerninsolvenzverwalter – Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», *NZI*, núm. 10 (2007), p. 265 y HESS, H., *Insolvenzrecht Großkommentar*, vol. I, Heidelberg [C. F. Müller], 2006, p. 574. Téngase en cuenta, en todo caso, la propuesta de reforma de la *InsO* referida en la nota 11.

³³ Así, EMMERICH, V.; SONNENSCHNEIN, J., y HABERSACK, M., *Konzernrecht*, 7.ª ed., Múnich [C. H. Beck], 2001, pp. 20 y ss., hablan de la *Einheitstheorie*, que se remonta a los años 20 en Alemania. En España, se refiere a esta cuestión, entre muchos otros, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., p. 6 y ss.: «El grupo es ante todo expresión de una serie de hechos económicos y empresariales y, en tal sentido, no requiere mediación del Derecho para ser captado en sus elementos básicos».

³⁴ Sobre la distinción entre empresa (*Unternehmen*) y sociedad (*Gesellschaft*), v. KUNZE, O., «Unternehmen und Gesellschaft», *ZHR*, núm. 147 (1983), pp. 16 a 26. Más recientemente, se ha recuperado esta distinción al tratar los grupos de sociedades por parte de MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford [Oxford University Press], 2009, pp. 32 y ss.; TSCHERNIG, K. *Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz. Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik grenzüberschreitender Konzerninsolvenzen*, Frankfurt del Meno [Lang], 1995, especialmente pp. 33 y ss., y GRAU, C. en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, Hamburgo [Dr. Kovac], 2007, p. 4. La distinción aparece también en la parte III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, § 1 y ss.

³⁵ Así, contra esta perspectiva se ha dicho que fue desarrollada en un momento histórico en el cual el papel de las empresas era muy diferente del actual y que actualmente está obsoleta. V., en detalle, BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy Law*, Boston y Toronto [Little, Brown and Company], 1985, pp. 3 a 12, junto con el *2001 Supplement: The Law of Corporate Groups-Bankruptcy Law*, de BLUMBERG, P. y FOWLER, J., Gaithersburg y New York [Aspen Law & Business], 2001, que actualiza y corrige la obra original. La parte de la obra a la cual nos referimos se titula, ejemplificativamente, “Entity or Enterprise Law?”. También BLUMBERG, P., «The increasing recognition of enterprise principles in determining parent and subsidiary corporation liabilities», *Conn. L. Rev.*, núm. 28 (1996), pp. 295 a 346, y MANÓVIL, R. M., *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 1998, pp. 15 y ss. Se ha señalado que considerar a la sociedad como eje central de la actividad empresarial tenía sentido cuando las corporaciones eran pequeñas y estaban en manos de un grupo relativamente reducido de particulares, sin que una sociedad pudiese ser titular del capital de otra. Cuando, a finales del siglo XIX, comienza a autorizarse que una sociedad adquiera capital de otra y el fenómeno se generaliza, surgen los grupos como una amalgama de sociedades que desarrollan conjuntamente una empresa común para la maximización de los beneficios del conjunto de las mismas. En un contexto económico como el actual,

perspectiva de la empresa (cuyos orígenes se remontan a la *theory of the enterprise entity*)³⁶, presta atención a las relaciones entre los miembros del grupo, hasta el punto de reconocer

donde la actividad empresarial no es ya realizada en forma separada e individual por cada sociedad, sino a través de toda suerte de combinaciones de varias de ellas, la adopción de una estricta perspectiva de la sociedad deviene cada vez más distante de la realidad. Por ello se ha acusado a los defensores de la perspectiva de la sociedad de no atender más que a la forma, y no a la sustancia, de la existencia corporativa. Puesto que la mirada se detiene en el grado de separación formal entre las sociedades que integran el grupo, solo se plantean cuestiones divorciadas de la realidad económica de la empresa o negocio desarrollado por el grupo considerado en su conjunto, ignorándose la realidad de las operaciones. Y se descarta por irrelevante la crucial circunstancia de que varias sociedades desarrollen partes fragmentadas de un único negocio bajo una dirección común con el fin de maximizar los beneficios del grupo en su conjunto. Por otra parte, a lo largo de los últimos años se ha discutido el sentido y la conveniencia de mantener las limitaciones de responsabilidad entre los miembros de un mismo grupo. Se trata de una discusión alimentada sobre todo por los partidarios del análisis económico del Derecho. Analizadas las ventajas de la personalidad jurídica separada, se dice que decaen o que no están justificadas en supuestos de grupos. Así, como principal ventaja de la personalidad jurídica, destaca, entre otras, el fomento del comercio (pues permite conseguir capital más fácilmente para así desarrollar proyectos más atractivos pero también más arriesgados). Los inversores profesionales minoran sus riesgos al poder diversificar sus negocios, pudiendo además apartarse de las tareas de gestión. En un contexto de grupo, se dice que el fomento de la inversión por parte de socios ajenos a la gestión decae, ya que las sociedades matrices no son, por lo general, en modo alguno ajenas a la gestión de las filiales (de hecho, persiguen precisamente controlar dicha gestión). También decae el argumento de la diversificación de carteras, ya que en muchos casos el grupo desarrolla un negocio común. Además, se ha cuestionado la conveniencia de mantener la separación de personalidad y responsabilidad en supuestos de grupo. Se dice que su mantenimiento implica un «sistema de responsabilidad limitada de la responsabilidad limitada», con el consiguiente riesgo de abuso. Naturalmente, en algunos ámbitos la adopción de la perspectiva de la sociedad (y la vigencia de sus dos grandes corolarios: la responsabilidad limitada y la personalidad diferenciada) sigue siendo viable (por ejemplo, cuando un miembro del grupo únicamente mantiene una estricta relación de inversión en otro, sin inmiscuirse en la gestión; o cuando la integración económica con el resto del grupo es débil). También se ha defendido la abolición de la responsabilidad limitada de la matriz respecto de las filiales, alegando que fomenta la explotación por parte de la sociedad dominante y el riesgo de que se desentienda de las deudas de aquella en supuestos de insolvencia. A pesar de todo lo anterior, entre estos autores acaba primando la perspectiva de la sociedad sobre la de la empresa, pues, alegan, beneficia a los acreedores, que quedan protegidos respecto a tener que competir con acreedores de otra sociedad y pueden confiar en la disponibilidad de los activos de la entidad a la cual concedieron crédito para satisfacer sus créditos. En un contexto de grupos, la personalidad jurídica separada serviría —entre otras cosas— para aislar los activos de una entidad respecto de las reclamaciones de los acreedores de otras entidades del grupo. Resume los distintos argumentos MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., pp. 41 a 44 (con cita de numerosos autores). También se refiere a estas cuestiones FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», *Hastings L. J.*, núm. 44 (1992), pp. 465 y ss.

³⁶ Esta teoría nace con el auge del fenómeno grupal, que trajo consigo el surgimiento de filiales íntegra y parcialmente participadas por una matriz, así como de sociedades holding combinadas con sociedades operativas, constituyendo una única empresa formada por varias sociedades. Ello podía ser el resultado de la adquisición, por parte de la matriz, de participación en sociedades previamente independientes o bien de la constitución, por parte de la misma, de nuevas sociedades de cara al desarrollo de nuevas líneas de negocio o a la ampliación de su actividad en otros sectores. Esta tendencia estaba lejos de la concepción originaria de la persona jurídica, que había previsto que el empresario (*Unternehmer*) fuese la sociedad (*Gesellschaft*) individual y aisladamente considerada. Si la doctrina de la personalidad jurídica se basaba en la atribución soberana de ciertos atributos de personalidad a un conjunto de sujetos que se habían embarcado en un proyecto, la «personalidad artificial» se diseñó para que dicha persona fuese el empresario de un proyecto. Cuando esta premisa no se cumple, esto es, cuando la sociedad no es el empresario, surgen divergencias entre la teoría corporativa y los hechos económicos que subyacen. De esta forma, en un grupo muy integrado (i. e., que opera como una unidad empresarial) la personalidad jurídica no abarca a toda la empresa, sino a un mero fragmento de la misma. Las sociedades que integran el grupo dejan entonces de

una nueva «entidad» basada en hechos económicos y no jurídicos³⁷. Pretende reconsiderar ciertos principios tradicionales (como la personalidad jurídica independiente de los miembros del grupo y la responsabilidad limitada de los socios) cuando la realidad jurídica formal no encaje con la realidad económica a la que sirve de sustrato. Se basa en un enfoque relacional del Derecho, ya que tiene más en cuenta las distintas relaciones existentes entre los miembros del grupo que la separación formal entre los mismos³⁸. Se atiende, así, al concepto de empresa, entendiendo que dicho concepto ha de determinarse desde planteamientos económicos (como conducta humana que asume un fin con unos recursos determinados) y no tanto desde la perspectiva del Derecho³⁹. En

ser empresarios separados y pasan a ser fragmentos indistinguibles partes de una empresa mayor. Las decisiones no tienen en cuenta el interés social de cada miembro del grupo, sino el interés del grupo en sí. Cuando varias sociedades se convierten de facto en una única empresa y fusionan sus actividades, sus personalidades jurídicas son ignoradas y sus activos y pasivos se acumulan en un bote común que representa, sustancialmente, la verdadera empresa de la cual forman parte. Conforme a la teoría de la entidad de la empresa, cuando una empresa no se corresponde con las formas societarias (esto es, si no está reflejada y aprehendida por la persona jurídica a la cual se corresponde, por sus libros contables, por su estructura y por su organización) entonces los órganos jurisdiccionales pueden «reconstruir» la verdadera empresa, dándole entidad, sobre la base de los hechos económicos. En otras palabras, cuando la personalidad jurídica es ignorada o manipulada para obtener determinados resultados, debe determinarse su existencia, alcance y consecuencias en base a la verdadera existencia, alcance y operaciones de la empresa que subyace. V., extensamente, BERLE, A. «The theory of enterprise entity», *Colum. L. Rev.*, núm. 47 (1947), p. 354, donde se refiere a la correspondencia entre el «enterprise-fact» y el «corporate-fact». Pueden darse dos grandes grupos de casos en los cuales fácticamente la empresa no se corresponde con la sociedad. Por un lado, los tribunales pueden resolver erigir la personalidad jurídica cuando esta no existía (este es el caso de las sociedades en formación o irregulares) o bien ignorar la personalidad jurídica cuando esta sea cuestionable o su empleo haya devenido improcedente (así ocurre con los variopintos supuestos en los cuales se admite el levantamiento del velo societario).

³⁷ Ciertamente, como señala RASMUSSEN, no existe una estructura legalmente preestablecida de lo que debe ser una empresa: «Put somewhat differently, there is no preordained legal structure of an enterprise. The same economic activity could, as a legal matter, be housed in a single firm, a parent with a bunch of subsidiaries or a host of related entities. Legal notions of what a “firm” consists of simply have no unbreakable tether to economic reality. You may have two legally distinct firms the assets of which reside in what may economically be viewed as a single firm. The only reason for the legal existence of two firms rather than one may be to assign particular creditors to particular assets». V. RASMUSSEN, R. «The Problem of Corporate Groups, A Comment on Professor Ziegel», *FJCFLL*, núm. 7 (2001), p. 399. La pertenencia al grupo puede tener implicaciones en las competencias y el orden de responsabilidad de las sociedades involucradas. A nivel intragrupo, existen dos grandes clases de interrelaciones o interconexiones. Por un lado, las financieras o vinculaciones de capital (recursos propios) o pasivo (recursos ajenos), derivadas, por un lado, de que los miembros del grupo ostentarán, recíprocamente o no, participaciones en el capital los unos de los otros, directa o indirectamente, y, por otro, de los habituales préstamos intragrupo o de la existencia de una caja común. Y por otro, las comerciales (ya que serán habituales los contratos de suministro y servicios entre los miembros del grupo, de forma que exista una dependencia económica, productiva u organizativa entre los mismos). Una tipificación más detallada de las interrelaciones que pueden darse en el seno de un grupo puede encontrarse en LUTTER, M.; SCHEFFLER, E., y SCHNEIDER, U., «Der Konzern als finanzwirtschaftliche Einheit», en Lutter; Scheffler y Schneider (eds.): *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Colonia [Otto Schmidt], 1998, pp. 22 y ss.

³⁸ Afirma MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., en p. 39 que: «[r]elational law as the basis of enterprise principles thus rests on status and relationship rather than on the party's participation in the transaction or any contract».

³⁹ Como señala MAZZONI, A., «L'impresa tra diritto ed economia» en *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, tomo II, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, pp. 177 y 178, para determinar qué es la empresa para el jurista debemos situarnos en el tiempo y en el espacio: en el espacio, porque no

última instancia, lo que se está ventilando en este debate entre las dos aproximaciones al fenómeno de los grupos es si debe anteponerse el formalismo jurídico a los contenidos económicos⁴⁰. Siendo así que el grupo es una empresa policorporativa o plurisocietaria⁴¹, parece justificado de por sí que se le conceda un tratamiento concursal específico a los miembros que lo integran.

Este tratamiento, basado en una perspectiva de conjunto, no tiene por qué implicar, como se verá más adelante, que el legislador haya tomado a efectos concursales la noción «económica» del grupo (el «deudor-empresa»). Puede adoptarse un tratamiento específico del grupo incluso manteniendo intacta la consideración del grupo como una suma de varias personas jurídicas independientes o un agregado de sujetos, sin pretender en modo alguno una personalización del mismo. Como se verá más adelante, la Ley Concursal ha optado por un modelo híbrido que pretende reconciliar ambos extremos.

3. Los concursos de los cónyuges y de la pareja de hecho inscrita

Aunque la Ley Concursal regula estos dos supuestos de conexión entre concursos de forma separada (arts. 25.1 y 25 bis.1-5.º LC para los cónyuges y arts. 25.3 y 25 bis.1-6.º LC para la pareja de hecho), aquí se abordan de forma conjunta.

3.1. Delimitación del supuesto

Antes de la reforma de la Ley 38/2011, los concursos de los cónyuges solo se contemplaban como concursos conexos a efectos de la acumulación posterior, mas no

existe una noción jurídica común y universal de empresa. Y en el tiempo porque esta percepción cambia a lo largo del mismo. Por eso, afirma, la determinación del concepto de empresa debe realizarse desde un método económico antes que jurídico.

⁴⁰ En el fondo puede pensarse en la dicotomía sociedad versus empresa como reflejo de la existente entre Economía y Derecho, en el sentido de que hay autores que piensan que el segundo predomina sobre la primera, y por lo tanto aquellos conceptos no acogidos en las leyes carecen de valor (se habla de «impresa come fattispecie giuridica»). Ciertamente es que el derecho puede recabar nociones del campo económico, pero si tales nociones no se reglamentan jurídicamente, no tienen existencia práctica. Por otra parte, es cierto que la economía es quien dirige la actividad empresarial. V. DE SANCTIS, V. M., «A proposito del concetto di impresa», en *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, tomo II, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, p. 54.

⁴¹ Esta expresión ya es clásica y se cita en la mayoría de trabajos sobre la materia. Por ejemplo, entre otros, v. MIGUENS, H. J., *El grupo insolvente*, Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 2009, p. 2; EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., p. 10; SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», *ADCo*, núm. 10 (2007), p. 236; SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., p. 11. Téngase en cuenta que, pese a la simplificación que aquí se realiza, la escala de posibilidades entre la «unidad» y la «multiplicidad» económica de la organización policorporativa que es el grupo es infinita. Son palabras de DRUEY, J. N., citadas por SCHMIDT, K., «Was ist, was will und was kann das Konzernrecht des Aktiengesetzes?» en Schweizer, Burkert y Gasser (eds.): *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, Zürich [Schulthess], 2002, p. 556. No parece que pueda fijarse un punto a partir del cual se produzca un salto cualitativo y dejemos de ver a las diversas sociedades como operadores aislados para pasar a verlas como una agrupación que opera de forma conjunta. Esto depende delicadamente de factores tanto internos (organizativos) como externos (expectativas de terceros).

para la acumulación ab initio (antiguos arts. 3.5 y 25.3 LC)⁴². Tras la reforma, se permiten tanto la acumulación inicial como la acumulación posterior de los concursos de los cónyuges (arts. 25.1 y 25 bis.1-5.º LC), y se ha añadido, como había sugerido parte de la doctrina⁴³, la posibilidad de acumular los concursos de los miembros de la pareja de hecho (arts. 25.3 y 25 bis.1-6.º LC). Sin embargo, en el caso de la pareja de hecho se exigen dos requisitos adicionales: en primer lugar, que se trate de una pareja de hecho inscrita y, en segundo lugar, que el juez aprecie «la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común»⁴⁴.

Por lo que respecta a los concursos de los cónyuges, tanto antes como después de la reforma son considerados concursos conexos con independencia del régimen económico al cual esté sometido el matrimonio. Así, son concursos conexos los de los cónyuges casados tanto en régimen de gananciales⁴⁵ como en régimen de separación de bienes. Esta

⁴² Se trata, al igual que sucede en el caso de los grupos, de un supuesto típico de conexión entre concursos. Así, en los Estados Unidos, la Sección 302(a) del *Bankruptcy Code* lo contempla como presupuesto para la *joint application for commencement*. En Alemania, cabe la apertura del concurso sobre el patrimonio de una sociedad conyugal continuada o sobre el patrimonio de la comunidad de bienes administrada conjuntamente por la pareja (11.II.2 *InsO*).

⁴³ Así, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid [La Ley], 2005, pp. 798 y 799, entendía que, habida cuenta de la atención que la Ley Concursal presta a las situaciones de hecho (por ejemplo, arts. 92.5 y 93.1-1.º LC), podía acudirse a la analogía para entender que, pese al silencio del legislador, la acumulación resultaría posible no solo respecto de concursos de cónyuges declarados, sino también respecto de sujetos vinculados personalmente por relaciones de hecho, ya que los mismos fundamentos de operatividad concursal, dada la existencia de vínculos personales entre los distintos deudores que fundamentan la acumulación en supuestos de relaciones legales, son extensibles a las relaciones de hecho. En idéntico sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Tratamiento de la situación de las parejas no casadas en la Ley Concursal», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 498 y ss.

⁴⁴ Como ha señalado ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 46, parece innecesario que la pareja de hecho esté inscrita si se cumple el otro requisito (la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común), y se muestra partidario de permitir la acumulación (inicial o posterior) de la pareja de hecho no inscrita si así lo aconseja la economía procesal.

⁴⁵ La sociedad de gananciales no puede ser declarada en concurso (carece de capacidad concursal al no tener personalidad jurídica, art. 1.1 LC). Pese a ello, sorprendentemente el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Huesca de 2 de marzo de 2009 declaró el concurso voluntario de la comunidad conyugal instado por los cónyuges cuyos respectivos concursos se habían acumulado. Sin embargo, posteriormente la DGRN, en una resolución de 24 de septiembre de 2010 (BOE, 15-XI-2010) confirmó la calificación de la Registradora de la Propiedad que denegó la anotación preventiva de concurso. V., al respecto, MESA, C., «La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales», *ADC*, núm. 24 (2011), p. 172. También defiende la capacidad concursal de la sociedad de gananciales BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *ADC*, t. 62, fasc. 1 (2009), pp. 70 y ss., donde concluye que la «comprensión de la sociedad de gananciales como organización es que tiene aptitud para soportar por sí misma cierto endeudamiento y, por lo tanto, es un patrimonio con aptitud concursal, esto es, que puede ser declarado en concurso». Un recorrido histórico sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales puede encontrarse en BENAVENTE MOREDA, P., «La sociedad legal de gananciales», en Díez-Picazo Giménez (coord.): *Derecho de familia*, Pamplona [Civitas], 2012, especialmente pp. 851 a 889.

falta de distinción no ha quedado exenta de crítica, ya que una parte de los autores entiende que la conexión entre los concursos depende de la existencia de una comunidad de bienes entre los cónyuges⁴⁶, de forma que solo estaría justificada la acumulación de los concursos de los cónyuges cuando el régimen económico matrimonial es de comunidad⁴⁷. Sin embargo, olvidan estos autores que, al igual que sucede bajo el régimen económico-matrimonial de gananciales⁴⁸, bajo los regímenes económico-matrimoniales de separación de bienes y de participación en ganancias también puede generarse una comunidad de bienes entre los cónyuges (v., *infra*, 3.2).

Por lo que respecta a la pareja de hecho, la exigencia de «la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común» parece un tanto excesiva y desacompasada con otros preceptos de la Ley Concursal. Recuérdese que, a efectos de la consideración de uno de los miembros de la pareja como persona especialmente relacionada con la otra (en sentido concursal), se equiparan a los cónyuges y a la pareja de hecho inscrita «las personas que convivan en análoga relación de afectividad» (art. 93.1-1.º LC). No se entiende bien la restricción que se añade en cuanto a la posibilidad de acumular los concursos. En cuanto a los hechos concluyentes, estos pueden consistir, por ejemplo, en la compra (o incluso la promesa de compra) de un inmueble mediante un préstamo hipotecario donde los dos miembros de la pareja sean prestatarios y adquirentes. La referencia a los pactos debe entenderse realizada en relación a los pactos de regulación de

⁴⁶ Por ejemplo, GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 304, afirma que el hecho de que no se exija ningún requisito adicional para que proceda la acumulación no parece razonable, ya que «[l]a justificación para que estos concursos se puedan acumular creemos que se encuentra de forma fundamental en el hecho de que entre los cónyuges es frecuente que exista una situación de comunidad de bienes, lo que puede determinar que resulte necesario proceder a dividir el patrimonio antes de proceder a su liquidación, tal y como está previsto en el artículo 77. Junto a ello, creemos que debería existir una situación de comunidad de deudas para que esté justificada la acumulación [...]. Por otra parte, cuando no exista un régimen de comunidad, sino de separación de bienes tampoco estaría justificada la acumulación, a pesar de que tampoco el legislador lo haya entendido así». También parecen pronunciarse en este sentido VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», cit., p. 272; BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 554 y DOMÍNGUEZ CABRERA, M.ª d. P., «De los concursos conexos», *RdP*, núm. 27 (2011), pp. 109 y 110.

⁴⁷ Aunque, en aras de una mayor claridad expositiva, aquí solo nos refferamos al régimen de gananciales, lo expuesto también puede extenderse a los otros regímenes de comunidad que existen actualmente en España: el «consorcio conyugal» de Aragón (Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial de viudedad); la «sociedad legal de conquistas» de Navarra (arts. 82 y ss. de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil foral de Navarra); la «comunicación foral de bienes» de Vizcaya (arts. 93 y ss. de la Ley 1/1992, de 1 de julio, de Derecho Foral del País Vasco); etc. V. CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», en Cuena Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, p. 101, nota 3.

⁴⁸ A través de este régimen, determinados bienes integran una masa patrimonial común que pertenece a ambos cónyuges y que es diferente de los patrimonios personales o privativos de cada uno de ellos (forman parte de esa masa los bienes de los arts. 1347 y ss. CC).

la convivencia que pueden alcanzar los miembros de la pareja para disciplinar sus relaciones patrimoniales⁴⁹.

3.2. *Justificación de la conexión*

El sentido de la conexión entre los concursos de los cónyuges (cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial) o de los miembros de la pareja de hecho parece ser la existencia de una comunidad de bienes o de deudas.

En el caso del matrimonio casado en régimen de gananciales, existen diversas circunstancias que justifican la posibilidad de acumular los concursos de los cónyuges. En primer lugar, el hecho de que la sociedad de gananciales se califique como comunidad germánica⁵⁰ supone que el derecho de los cónyuges recae sobre el conjunto de bienes que forman la masa ganancial común y no sobre cada uno de los bienes individualmente considerados, de modo que la cuota que corresponde a cada uno de ellos no se concretará hasta el momento de la disolución del régimen económico⁵¹. Los cónyuges no tienen cuotas enajenables, las cuotas solo emergen tras la disolución del régimen conyugal. Además, cuando un deudor se halla casado en régimen de gananciales o de cualquier otro de comunidad, los bienes comunes no solo responden de las deudas comunes, sino que también lo hacen de las deudas privativas del deudor, cuando este no tenga bienes propios suficientes (art. 1373 CC). De ahí que se haya insistido en que la liquidación de la sociedad de gananciales deba ser previa al convenio o a la liquidación en

⁴⁹ La alternativa más frecuente es la remisión a la regulación de la adquisición de bienes proindiviso, en comunidad ordinaria o por cuotas. V. ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa (Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)*, Barcelona [Atelier], 2006, p. 62 (y bibliografía que cita en la nota 116).

⁵⁰ La tesis mayoritaria hoy en día es que el patrimonio ganancial común no es una sociedad civil. V., al respecto, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», cit., p. 10 y 11: «a pesar de su nombre —“sociedad de gananciales”—, no se trata de una auténtica sociedad, pues no supera el test establecido en el artículo 1665 CC [...]. Difícilmente puede defenderse que hay origen negocial cuando el acuerdo de contribuir a un propósito común no deja espacio a los cónyuges para decidir de qué modo quieren contribuir a dicho fin [...]. Es el Código Civil el que dispone qué bienes se hacen comunes para los cónyuges y cuáles restan en el patrimonio personal de cada uno de ellos. Esto es tanto como decir que una vez los cónyuges optan, expresa o tácitamente, por la ganancialidad es la ley la que determina qué se aporta al consorcio». La doctrina del Tribunal Supremo se inclina por considerarla una comunidad germánica. Así, afirma en la STS 8.2.2007 que «la sociedad de gananciales no constituye propia comunidad regulada en el artículo 392 del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte o cuota característica de la comunidad de tipo romano y que el Código Civil refiere en el artículo 393, presentándose más bien la sociedad de ganancial de tipo germánico, en la que corresponde a los esposos una participación sobre la globalidad de los bienes, por lo que no cabe decir que cada uno es titular por mitad concreta de todos y cada uno de los bienes del haber conyugal, cuando se trata más bien de participación que se determinará y precisará con las necesarias operaciones de disolución y liquidación». V., en el mismo sentido, las SSTs 26.9.1986 y 25.2.1997.

⁵¹ V. MESA, C., «La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales», cit., p. 171. De hecho, se ha criticado duramente la inclusión de todos los bienes gananciales en la masa activa del concurso de un cónyuge (art. 77 LC) cuando el otro cónyuge no está en concurso. Esta inclusión de bienes que no pertenecen exclusivamente al deudor en la masa activa supone el quebrantamiento del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). V., al respecto, CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 98 y ss. Por eso afirma la autora que lo habitual será que la insolvencia de un cónyuge acabe provocando la del otro cónyuge.

los concursos de los cónyuges, dado que supone un trámite necesario para la formación de las masas activas y pasivas⁵². En efecto, puesto que el patrimonio ganancial no puede dividirse constante el régimen, sucedería que la totalidad del patrimonio ganancial se encontraría en las dos masas activas y, en cambio, en la masa pasiva solo estaría el pasivo ganancial generado por cada cónyuge, tanto privativo como ganancial.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, está el problema de la composición de la masa activa en el caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes (art. 77.2 LC). La Ley establece que, en tales casos, deberán incluirse en la masa activa no solo los bienes y derechos propios o privativos del concursado (art. 77.1 LC), sino también los bienes gananciales o comunes «cuando deban responder de obligaciones del concursado». Como ha señalado parte de la doctrina⁵³, al no precisar el precepto si la responsabilidad que soportan estos bienes gananciales debe ser siempre directa o si, por el contrario, abarca también los supuestos de responsabilidad subsidiaria, la consecuencia es que el principio resultará siempre aplicable. Efectivamente, los bienes gananciales siempre responden, bien de forma directa, bien de manera subsidiaria, de las obligaciones privativas de cada uno de los cónyuges. Por un lado, cuando se trate de obligaciones contraídas en ejercicio de la potestad doméstica, los bienes gananciales responden directa y solidariamente con los bienes privativos del cónyuge deudor (arts. 1319, 1362 y 1365 CC). Por otro lado, cuando se trate de obligaciones propias del cónyuge deudor, si bien la responsabilidad principal recae sobre los bienes privativos de este, existe una responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes (art. 1373 CC)⁵⁴. Así pues, desde una perspectiva teórica, la

⁵² Así, entre otros, BLANQUER, R., «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio», *RCP*, núm. 9 (2008), p. 37; BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 554, BONET NAVARRO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 241. Y, sobre todo, CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 130 y ss., donde afirma con rotundidad que «[L]a liquidación de la sociedad de gananciales debe ser necesariamente previa al convenio o liquidación del concurso, en los supuestos de acumulación de concursos de ambos cónyuges [...] y también [...] en el caso de declaración conjunta de concurso voluntario [...]». Se trata de una operación indispensable para que continúe el proceso concursal en la medida en que incide en la masa activa y pasiva. Por ello considero que no cabe tramitar de manera acumulada ambos procedimientos sin disolver y liquidar previamente la sociedad conyugal. Ello constituye pues, un argumento más a favor de la necesidad de esta liquidación previa que es estructuralmente imprescindible en caso de acumulación de concursos».

⁵³ V., entre muchos otros, ORDUÑA, F. J., y PLAZA, J., «Art. 77. Bienes conyugales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1410; BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», cit., p. 40 y CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 108; así como la abundantísima bibliografía que cita esta última.

⁵⁴ Tratándose de comerciante casado y sujeto al régimen de gananciales, la responsabilidad de los bienes comunes por las obligaciones por él contraídas deberá ventilarse al amparo de los artículos 6 a 12 del Código de Comercio. En estos casos pueden existir determinados bienes comunes que no respondan de las deudas contraídas por el cónyuge comerciante en ejercicio de su actividad mercantil (cuando se trate de bienes comunes no adquiridos a resultas del ejercicio del comercio y el cónyuge del comerciante no hubiere prestado su consentimiento a tal vinculación). Pero cuando se den esos requisitos, tales bienes comunes se incluirán en la masa activa.

condicionalidad que sugiere la expresión «cuando deban responder de obligaciones de concursado» no existe.

De todo lo anterior resulta que, cuando sean ambos cónyuges casados en régimen de gananciales los declarados en concurso, sucederá que una masa de bienes (la ganancial) debería, en teoría, aparecer en las masas activas de ambos⁵⁵. Se produciría así una suerte de duplicación cuya coordinación resulta absolutamente imprescindible (y que solo se resolverá una vez disuelta la sociedad de gananciales; liquidación que, como señala el art. 77.2 *in fine*, deberá llevarse a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso). Además hay que tener en cuenta que la responsabilidad soportada por el patrimonio común por causa de deudas privativas debería compensarse a nivel interno a través de las oportunas acciones de reintegro entre cónyuges.

En el caso del matrimonio casado en régimen de separación de bienes o de la pareja de hecho «con voluntad de formar un patrimonio común», no existe un patrimonio común (esto es, no existe una masa común de la que sean titulares ambos cónyuges), pero sí pueden existir (será lo más habitual) bienes comunes⁵⁶. La comunidad de bienes surge del hecho de que los cónyuges o miembros de la pareja adquieran bienes de forma indivisa. Se trata, en estos casos, de una comunidad de bienes ordinaria o por cuotas, que, en ocasiones, es buscada por los cónyuges o la pareja, pero, en otras, emerge de la aplicación de las presunciones contenidas en el Código Civil. Así, rige el principio de subrogación real (art. 1437 CC), por lo que aquellos elementos patrimoniales que hayan sido adquiridos conjuntamente por los cónyuges casados en separación de bienes o por los miembros de la pareja pertenecen, *pro indiviso*, a ambos. Constituida sobre un bien una comunidad por cuotas, debería integrarse en la masa activa de cada concurso la cuota correspondiente a cada concursado. Sin embargo, a falta de pruebas sobre la proveniencia de los fondos con los que se adquirieron los bienes o derechos, son de aplicación las normas de presunción de copropiedad por partes iguales (arts. 393 y 1441 CC)⁵⁷. Además, la liquidación de una comunidad de tipo romano exige la división del bien común. Esta división puede conllevar pérdidas de valor, de forma que el bien, antes de la misma, alcanzase un valor mayor que una vez practicada la división de la cosa común.

Por último, en el caso del régimen de participación en ganancias (arts. 1411 y ss CC), que se caracteriza por comportarse durante su vigencia como un régimen de separación de patrimonios⁵⁸, si los cónyuges adquieren conjuntamente algún bien o derecho, les

⁵⁵ V. BLANQUER, R., «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaemente el concurso del matrimonio», cit., pp. 31 y ss.

⁵⁶ Por todos, v. CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 154.

⁵⁷ Otra cuestión importante es la de las cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal. V., sobre las cuentas indistintas cuando solo uno de los cónyuges está en concurso, MUÑOZ GARCÍA, C., «Cuentas indistintas de titularidad conyugal. Protección de derecho de crédito del cónyuge no concursado», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 189 a 213.

⁵⁸ Si bien en el momento de la disolución del mismo cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias generadas por el otro y que se calculan sobre la base de la diferencia entre el patrimonio inicial

pertenece en *pro indiviso* ordinario (art. 1414 CC). Se trata de bienes adquiridos conjuntamente que, al igual que lo que sucede en un régimen de separación de bienes, generan un condominio romano por cuotas enajenables y embargables.

El hecho de que en todos los supuestos anteriores pueda generarse una comunidad de bienes entre los deudores (ya sea germánica, ya sea romana) es lo que parece justificar la conexión entre los respectivos concursos y la concesión de un tratamiento específico para los mismos⁵⁹. Esto está íntimamente relacionado con otro supuesto típico de conexión entre concursos: los deudores cuyos patrimonios están confundidos (v., *infra*, 5). En efecto, si el régimen es de gananciales, hay razones suficientes para entender que podría existir esa confusión de patrimonios, porque posiblemente la mayoría de los bienes y derechos de los cónyuges tendrá naturaleza ganancial, de modo que solo cuando llegue el momento de la disolución y liquidación del régimen se podrá determinar la cuota que corresponde a cada cónyuge y, consiguientemente, los bienes concretos que se le atribuyen⁶⁰. Téngase en cuenta, además, que en el caso de cónyuges casados en régimen de gananciales coexisten tres masas patrimoniales independientes⁶¹, pero que a la vez pueden relacionarse entre sí⁶². En el caso de un matrimonio casado en régimen de separación de bienes o de una pareja de hecho con un patrimonio común, puede suceder que una parte importante de los respectivos activos y pasivos sea coincidente, con lo que

que aportó cada cónyuge y el patrimonio final del que cada uno es titular en el momento de la disolución del régimen (art. 1417 CC).

⁵⁹ Obviamente, el caso de conexión más intensa se dará cuando el régimen económico matrimonial sea el de gananciales, como afirma CUADRADO PÉREZ, C., «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», cit., p. 228: «Cuando dos cónyuges son declarados en concurso de acreedores, resulta palmario que las situaciones de insolvencia de ambos, en principio, pueden hallarse estrechamente conectadas; especialmente, si el régimen económico matrimonial por ellos elegido es el de gananciales».

⁶⁰ V. MESA, C., «La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales», cit., p. 173. Como se afirma en el AAP Madrid 27.3.2008, «la confusión patrimonial implica que no pueda determinarse con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores o, como también se ha indicado, cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse [...]. Al no ser los cónyuges en régimen de gananciales titulares de una concreta cuota respecto de cada uno de los bienes que la integran recayendo su derecho sobre el conjunto del patrimonio ganancial no teniendo aquellos, en su individualidad, sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir, por mitad, para el día que se disuelva dicha sociedad, puede implicar una situación de confusión patrimonial».

⁶¹ El patrimonio ganancial común no goza de personalidad jurídica propia. Son los cónyuges quienes actúan en el tráfico en su propio nombre y por lo tanto se convierten en deudores de las obligaciones contraídas, si bien existen tres patrimonios responsables, el privativo de cada cónyuge y el patrimonio común, el cual queda afecto a la satisfacción de determinadas deudas (arts. 1362 y ss. CC).

⁶² En ello insiste MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La sociedad de gananciales», en Martínez de Aguirre (coord.): *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de familia*, Madrid [Colex], 2007, p. 225: «[l]as masas patrimoniales no son compartimentos estancos que no se relacionan entre sí, sino que se caracterizan por su recíproca permeabilidad. Entre ellas se dan relaciones y desplazamientos patrimoniales que pueden acabar produciendo un desequilibrio a favor de alguna de ellas».

surgiría una situación asimilable a la de confusión patrimonial⁶³. Parece, pues, que el nexo entre concursos que justifica un tratamiento especial de los concursos de los cónyuges (sea cual sea el régimen económico matrimonial) o de los miembros de una pareja de hecho es la existencia de un patrimonio común. Este patrimonio común, cuya formación debe acreditarse en el caso de la pareja de hecho «mediante la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes», se presume en el caso de los cónyuges. Tal presunción es acertada en el caso de los cónyuges casados en régimen de gananciales porque en todo caso existirá un patrimonio —ganancial— común. Sin embargo, puede no existir en el caso del matrimonio casado en separación de bienes: piénsese, por ejemplo, el caso de unos cónyuges que no hayan adquirido ningún bien de forma indivisa.

Ello conduce a la pregunta de si estaría justificada la acumulación de los concursos en aquellos casos en los que, aun existiendo un matrimonio o una pareja de hecho inscrita, los patrimonios de los cónyuges se hallasen bien delimitados y, en el caso del régimen de gananciales, existiesen suficientes bienes privativos de cada cónyuge para hacer frente a las deudas de ambos⁶⁴. De hecho, podría incluso pensarse —como apunta algún sector doctrinal— que, si la declaración de concurso de un cónyuge casado en gananciales implicase la disolución automática de la sociedad de gananciales y la inclusión en la masa activa del concurso del derecho correspondiente al concursado sobre el patrimonio común, probablemente no tendría sentido la acumulación⁶⁵.

La respuesta, aunque dista mucho de ser universalmente aplicable a todos los supuestos, debe ser afirmativa: aunque, como ha quedado apuntado, el nexo que el legislador estima relevante para justificar un tratamiento especial de este tipo de concursos radica en la existencia de una comunidad de bienes (o un patrimonio común), no son descartables otras circunstancias (todas ellas orbitantes en torno a la especial cercanía entre los deudores)⁶⁶ que aconsejen dicho tratamiento especial. Además, las circunstancias que podrían demostrar la inutilidad de la acumulación no serán conocidas por la administración concursal en tanto no comiencen a tramitarse los concursos. Por eso debe,

⁶³ Por la existencia de una comunidad de bienes (de tipo romano en este caso) cuya liquidación sería necesaria para delimitar los patrimonios de cada uno de los cónyuges.

⁶⁴ Responde en sentido negativo CUADRADO PÉREZ, C., «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», cit., p. 231: «[C]on independencia del régimen económico matrimonial vigente entre los dos deudores, si sus patrimonios se hallan bien delimitados, y existen suficientes bienes personales (o privativos) para hacer frente a las deudas de ambos, no hay razón para acumular sus concursos. En cambio, si para satisfacer dichas deudas es preciso enajenar bienes gananciales, los términos de la cuestión varían, ya que la sociedad de gananciales habrá de ser liquidada, y resultará preciso acumular los concursos».

⁶⁵ Por eso se insiste en la necesidad de disolver el régimen conyugal previamente al convenio o a la liquidación. V. CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 102.

⁶⁶ Entre estas circunstancias se encuentran las posibles transferencias patrimoniales entre los deudores (relevantes a efectos de acciones rescisorias concursales), la vinculación en las causas de la insolvencia (por ejemplo, en el caso de que ambos cónyuges sean deudores hipotecarios del mismo crédito), etc.

incluso de forma preventiva, admitirse el tratamiento conjunto de los concursos en estos casos.

4. Los concursos de administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica

Este supuesto de conexión entre concursos ya existía en el texto de la Ley Concursal anterior a la reforma, aunque restringido a la acumulación posterior (antiguo art. 25.1 LC). Dicha restricción se ha eliminado (arts. 25.1 y 25 bis.1-3.º LC), y se ha ampliado el elenco de concursos acumulables (no solo pueden acumularse los concursos de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, sino también los concursos de los administradores de esta)⁶⁷.

Aunque el vigente texto legal ya no lo explicita⁶⁸, debemos entender que es necesario que la persona jurídica en cuestión se encuentre también en concurso (o en situación de insolvencia) para que al mismo puedan acumularse los demás⁶⁹.

4.1. Los socios, miembros o integrantes de una persona jurídica personalmente responsables de las deudas de esta

Lo único que se exige para que concurra esta conexión es que los socios, miembros o integrantes sean personalmente responsables de una persona jurídica, con independencia de que lo sean a título principal o a título subsidiario. Sin ánimo exhaustivo y como mero ejemplo, son acumulables conforme a este precepto los concursos de todos los socios colectivos al concurso de la sociedad colectiva (art. 127 CCom), los concursos de los socios colectivos al concurso de la sociedad comanditaria simple o por acciones (arts. 148 CCom y 1.4 LSC), el concurso del socio único al concurso de la sociedad unipersonal (en caso de unipersonalidad sobrevenida no inscrita, art. 14.1 LSC)⁷⁰, los concursos de los socios de una sociedad en formación o irregular al concurso de dicha

⁶⁷ La referencia a los «miembros o integrantes» debe entenderse realizada debido a la existencia de personas jurídicas que no revisten forma societaria.

⁶⁸ Antes de la reforma de la Ley 38/2011, quedaba patente que resultaba una condición para que la acumulación fuese pertinente que la persona jurídica también estuviese en situación de insolvencia (apra la acumulación inicial) o en concurso (para la acumulación posterior): «en los casos de concurso de deudor persona jurídica [...] podrá solicitarse la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica» (antiguo art. 25.1 LC).

⁶⁹ Recuérdese que las sociedades que tengan socios personalmente responsables de las deudas sociales pueden ser declaradas en concurso aunque esos socios no se encuentren en estado de insolvencia, y viceversa. Esto determina, por ejemplo, que no pueda desestimarse una solicitud de concurso de una sociedad por el hecho de que sean plenamente solventes uno o varios de los socios ilimitadamente responsables. V. ROJO, A., «Art. 1. Presupuesto subjetivo» en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 147.

⁷⁰ Transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se haya inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad.

sociedad (arts. 36 a 39 LSC)⁷¹ y los concursos de los miembros de una agrupación de interés económico al concurso de la misma (art. 5 LAIE).

4.2. Los administradores de una persona jurídica personalmente responsables de las deudas de esta

Como antes apuntábamos, es novedosa la incorporación de los administradores al elenco de sujetos personalmente responsables por las deudas de una persona jurídica cuyos concursos son acumulables al de esta. El calificativo «personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica» parece referirse no solo a los socios, miembros o integrantes de la misma, sino también a los administradores. Es decir, para que proceda la acumulación del concurso de un administrador al concurso de la persona jurídica administrada, es necesario que dicho administrador sea personalmente responsable de las deudas sociales.

Aunque no se diga expresamente, por coherencia con el resto de la norma, la referencia a los administradores debe entenderse realizada tanto a los de derecho como a los de hecho⁷². Por otra parte, la responsabilidad personal de los administradores nunca es automática, en el sentido de que es necesaria una resolución de un órgano jurisdiccional que la imponga. En tanto dicha responsabilidad no le haya sido impuesta al

⁷¹ En el caso de la sociedad en formación, son responsables solidariamente por los actos y contratos celebrados en nombre de esta antes de su inscripción en el Registro Mercantil quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad (art. 36 LSC). Igualmente, por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere (art. 37.1 LSC), y los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar (art. 37.2 LSC).

Una sociedad irregular es una sociedad que opera en el tráfico mercantil sin haber cumplido las formalidades que exige la Ley para la «regular» constitución (escritura pública e inscripción registral). La irregularidad puede ser originaria (en las sociedades constituidas verbalmente, sin otorgamiento de escritura) o sobrevenida (en las sociedades constituidas en escritura pública que posteriormente no son presentadas a inscripción en el plazo previsto para ello). En cuanto a la sociedad devenida irregular, una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones (art. 39.1 LSC). Aunque tradicionalmente se ha negado la personalidad jurídica de las sociedades irregulares (SSTS 16.4.1980, 30.4.1982, 3.1.1992 y 18.4.1997, entre muchas otras), actualmente la mayoría de la doctrina se inclina por reconocerles, al menos, una personalidad jurídica básica o semiplena, que adquieren o bien desde el instante en que los socios estipulan un contrato social (salvo que expresamente reduzcan el alcance de lo pactado al plano interno), o bien desde que la existencia de la sociedad es conocida en el tráfico por los terceros. Esta personalidad jurídica básica incluye la capacidad concursal, tanto activa como pasiva (esto es, que pueden ser declaradas en concurso voluntario y necesario). V., entre otros, ROJO, A., «Art. 1. Presupuesto subjetivo», cit., pp. 149 a 152 y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Derecho Mercantil II*, Madrid [Marcial Pons], 2010, pp. 850 y 851. V., también, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, Madrid [La Ley], 2005, pp. 30 y ss., especialmente nota 47 (p. 36).

⁷² Como se analizará más detalladamente en relación con la calificación y los concursos conexos, la Ley Concursal rehúye cualquier formalismo y equipara los administradores de hecho a los de derecho (v., infra, Segunda Parte, capítulo X).

administrador, no podrá acumularse su concurso al de la persona jurídica administrada. Esto es, no basta con que los administradores puedan llegar a ser declarados responsables por las deudas sociales: es necesario, para que proceda la acumulación, que hayan sido declarados como tales. No se refiere el precepto a «quienes puedan llegar a ser responsables», sino a quienes ya lo sean.

Los supuestos típicos responsabilidad personal de los administradores por las deudas de la persona jurídica administrada son la acción de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa de disolución cuando incumplan el deber de convocar la junta para que adopte el acuerdo pertinente (art. 367 LSC)⁷³ y la responsabilidad concursal por deudas (art. 172 bis LC)⁷⁴.

4.3. Justificación de la conexión

En este caso, el punto de conexión se produce porque los administradores, socios, miembros o integrantes de la persona jurídica, además de responder de sus deudas por el título que corresponda, responden también personalmente de las deudas de la persona jurídica⁷⁵. Puede, por lo tanto, producirse un solapamiento. Se trata, una vez más, de un supuesto típico de conexión entre concursos que, en algunos Ordenamientos, da lugar incluso a la extensión del concurso de la persona jurídica al sujeto personalmente responsable de las deudas de esta⁷⁶. Sin embargo, en España no existe la relación de

⁷³ La responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de una causa legal de disolución se impone como consecuencia del incumplimiento de los deberes que aquellos tienen impuestos (arts. 364, 365 y 366 LSC). En este caso, junto a la sociedad aparece un nuevo responsable de las deudas sociales: los administradores. V. BATALLER, J., «Art. 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Pamplona [Civitas], 2011, p. 2575.

⁷⁴ No parece que pueda encuadrarse aquí la responsabilidad de los administradores sociales ejercitada mediante la acción social o la acción individual (arts. 238 a 241 LSC), puesto que, en estos casos, se trata de responsabilidad por daños, y no por deudas. Aunque el importe de la deuda y el del daño puedan coincidir, la naturaleza de ambos tipos de responsabilidad es distinta. La acción social contra los administradores pretende la reparación del perjuicio total sufrido por el patrimonio social. Los legitimados activamente (sociedad, socios o acreedores) reclaman el daño directo sobre dicho patrimonio. Ahora bien, nada impide que ese daño se haya originado por una deuda (por ejemplo, en el caso de que, a resultas de la conducta de los administradores, se haya impuesto una sanción económica a la sociedad, sería posible reclamar dicho importe a los administradores por la vía de la acción social). Por medio de la acción individual, los legitimados (socios, acreedores, o terceros en general) reclaman a los administradores el daño sobre sus intereses particulares (que puede coincidir con el importe de los créditos insatisfechos). Dicho esto, no puede olvidarse la abundante jurisprudencia que ha deslindado los campos de la acción social y la individual por daños, de la responsabilidad por deudas. V. SSTS 29.4.1999, 21.9.1999, 29.12.2000, 28.12.2001 y 20.11.2003, citadas por QUIJANO, J., «Art. 238. Acción social de responsabilidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Pamplona [Civitas], 2011, p. 1709.

⁷⁵ V. BONET NAVARRO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 238.

⁷⁶ El ejemplo más cercano lo tenemos en el Ordenamiento italiano (v., art. 147 *l.fall.*). Sobre la formación histórica y el sentido de esta norma, v. GALGANO, F., «Il fallimento delle società di persone: gli aspetti sostanziali», en Galgano (dir.): *Il fallimento delle società* (t. X), Padua [CEDAM], 1988, pp. 35 y ss.; PAJARDI, P., *Manuale di diritto fallimentare*, 5.ª ed, Milán [Giuffrè], 1998, pp. 600 y ss.; SATTA, S., *diritto fallimentare*, 2.ª ed., Padua [CEDAM], 1990, pp. 420 y ss.; DE FERRA, G., *Manuale di diritto fallimentare*, 2.ª ed., Milán [Giuffrè], 1998, pp. 314 y ss.; DE SEMO, G., *Diritto fallimentare*, 3.ª ed., Padua [CEDAM],

causa-efecto entre la declaración de concurso de la sociedad y del socio ilimitadamente responsable que existe, por ejemplo, en Italia. No se da un «nexo genético» entre la declaración de concurso del socio y la declaración de concurso de la sociedad⁷⁷. Puede ser que, en efecto, la insolvencia de la sociedad sea corolario de la insolvencia de socio, o viceversa, pero también puede ser que no sea así (y que el socio haya devenido insolvente por avatares propios y la sociedad por los suyos).

Este supuesto de conexión reviste dos particularidades, derivadas del hecho de que existen al menos dos patrimonios (el del socio y el de la sociedad) responsables de las mismas deudas (que no tienen que representar la totalidad de las masas activas de cada concurso). En primer lugar, se contraponen o coexisten acreedores sociales y acreedores

1961, pp. 509 y ss.; MAZZOCA, D., *Manuale di diritto fallimentare*, 2.^a ed., Nápoles [Jovene], 1986, pp. 506 y ss.; PROVINCIALI, R., y RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padua [CEDAM], 1988, pp. 723 y ss.; RAFFAELLI, G. A., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Milán [Giuffrè], 1932, pp. 339 y ss., NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursuali*, cit., p. 322 y ss., CAIAFA, A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padua [CEDAM], 2006, p. 125 a 129 y, especialmente, NIGRO, A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milán [Giuffrè], 1974, p. 5.

El principio de la extensión es «tan antiguo quanto discusso», «un principio che è sorto e si è sviluppato essenzialmente con riferimento alle società di persone, delle quali la responsabilità illimitata di tutti o di alcuni dei soci rappresenta un connotato essenziale, ma che non può ritenersi esclusivo delle stesse; un principio, ancora, che, pur dopo la sua consacrazione normativa, ha costituito e tuttora costituisce fonte inesauribile di dibattito su molteplici punti, a cominciare da quelli, fondamentali, della sua collocazione sistemática e del suo ámbito di applicazione». El hecho de que un sujeto (el socio) sea declarado en concurso no por su propia insolvencia, sino por la insolvencia de otro sujeto (la sociedad), plantea innumerables problemas (algunos ya resueltos) de los cuales da cuenta, con gran rigor y claridad, NIGRO, A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, ibíd., pássim, especialmente pp. 35 y ss., pp. 71 y ss., y también NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursuali*, cit., p. 322 y ss. Uno de esos problemas consiste en que, para que el socio sea declarado en *fallimento*, debería comprobarse que el socio es insolvente (art. 5 *l.fall.*). Parte de la doctrina dice que no hay problema, porque la declaración de *fallimento* siempre ha de partir del estado personal de insolvencia del socio «o nel senso che lo stesso fallimento della società, e quindi dei soci, potrebbe essere dichiarato solo quando sia stata constatata l'insolvenza, cumulativamente e complessivamente, dell'una e degli altri; o nel senso che l'insolvenza della società debba ritenersi il prodotto dell'insolvenza dei singoli soci; o, infine, nel senso che il legislatore presumerebbe, con presunzione *iuris et de iure*, che la società non possa essere insolvente se non quando sono insolventi anche i soci illimitatamente responsabili». Sin embargo, con buen criterio, los autores antes citados afirman que no se puede derivar de la impotencia patrimonial de la sociedad (en que se funda su *fallimento*) la situación de impotencia patrimonial personal de cada uno de los socios individualmente considerados que sean ilimitadamente responsables. El *codice civile* y la *legge fallimentare* impiden realizar una efectiva coincidencia entre el presupuesto objetivo del *fallimento* del socio y el presupuesto objetivo normal del *fallimento*. Otro problema es que el *fallimento* es solo para comerciantes (art. 1 *l.fall.*). Aunque parte de la doctrina dice que no hay problema, porque el socio sería un comerciante, los profesores Nigro y Vattermoli se muestran en contra, porque es cierto que la condición de comerciante directo pertenece a la sociedad o, en todo caso, al conjunto de los socios, pero no a un socio individualmente considerado. Otros dicen que socio es comerciante indirecto (porque ejerce el comercio a través de la sociedad). De nuevo se oponen a ello los Profesores Nigro y Vattermoli (v., pp. 322 y 323).

⁷⁷ Sin embargo, el antiguo artículo 923 del Código de Comercio contenía una regla excepcional, conforme a la cual «la quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria, conforme a los artículos 127 y 148 de este Código». Sobre este precepto, ya derogado, v., extensa y detalladamente, GOZALO LÓPEZ, V., *La quiebra por extensión*, Madrid [Colegios Notariales de España], 2001, especialmente pp. 179 y ss., y también SÁNCHEZ CALERO, F., «Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», *RDM*, núm. 21 (1956), pp. 7 a 50.

particulares del socio ilimitadamente responsable. Todos los primeros coinciden con los segundos, pero no todos los segundos coinciden con los primeros (piénsese, en efecto, que el socio tenga deudas personales). En segundo lugar, lo habitual es que los socios respondan solidariamente entre ellos (por ejemplo, arts. 127 y 148 CCom para los socios de la colectiva y los socios colectivos de la sociedad comanditaria, respectivamente). Esto debe reflejarse en la fase de formación de la masa pasiva, concretamente en la fase de comunicación y reconocimiento de créditos.

Además, es muy importante la coordinación de estos supuestos porque, una vez satisfechos los acreedores sociales, deberá abrirse otra importantísima fase, que es la del regreso entre los concursos de los socios por la parte de las deudas sociales abonadas en exceso sobre la cuota respectiva de cada socio (art. 141 CCom). Los concursos de los socios no pueden concluirse en tanto no se hayan saldado sus relaciones recíprocas y redistribuido la carga del pago de las deudas sociales⁷⁸.

En cuanto a la conclusión de los concursos, no resulta necesaria la coordinación de las mismas porque, al no tratarse de un supuesto de extensión, es necesario que concurran los presupuestos objetivos en todos los concursos, de forma que la conclusión del concurso de la sociedad (en algunos casos, como por satisfacción completa de los acreedores, pero no en todos) no implica la automática conclusión del concurso del socio. Así, no resulta necesario coordinar las conclusiones⁷⁹.

5. Los concursos de deudores con patrimonios confundidos

Este supuesto de conexión entre concursos resulta doblemente peculiar. En primer lugar, porque es el único supuesto en el que se permiten no solo la acumulación ab initio (art. 25.2 LC) y la acumulación posterior (art. 25 bis.1-2.º LC)⁸⁰, sino también, con carácter excepcional, la consolidación de los patrimonios de los deudores conexos (art. 25 ter.2 LC)⁸¹. En segundo lugar porque es un nexo que fácilmente puede darse a la vez que otros, de forma que se produce una suerte de «solapamiento de conexiones» (por ejemplo, en el caso de sociedades pertenecientes a un mismo grupo, de cónyuges o de miembros de una pareja de hecho con un patrimonio común)⁸². La «hipercualificación»

⁷⁸ V. NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursali*, cit., p. 332.

⁷⁹ En Italia, el concurso del socio solo puede concluir simultáneamente o posteriormente que el concurso de la sociedad. V. NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *ibíd.* Allí se detallan las normas de coordinación en cuanto a la clausura de los procedimientos.

⁸⁰ Antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011, la confusión de patrimonios solo se contemplaba como un presupuesto para la solicitud de declaración conjunta de concursos (antiguo art. 3.5 LC), pero no para la acumulación posterior de concursos ya declarados.

⁸¹ V., *infra*, Tercera Parte.

⁸² Como afirma SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, p. 166, «[e]l problema de la confusión de patrimonios arranca de la dificultad de atribuir una titularidad sobre determinados bienes y derechos a un determinado sujeto, como consecuencia de que sobre esos mismos bienes o derechos se proyecta la intervención de otros sujetos, o también porque esos elementos patrimoniales son difícilmente diferenciables de otros de igual naturaleza pertenecientes a otros. La confusión se da con frecuencia en

de este tipo de conexión no debe sorprendernos: precisamente, se trata del supuesto que más directamente afecta a la formación de las masas activa y pasiva de cada concurso.

5.1. Delimitación del supuesto

5.1.1. Introducción

El fenómeno de la confusión de patrimonios es difícil de sistematizar, habida cuenta de que se trata de una «situación de hecho» que puede obedecer a causas muy diversas y que no se encuadra en ninguna patología jurídica concreta⁸³. En principio, puede decirse de manera muy genérica que el fenómeno de la confusión de patrimonios se presenta cuando los confines de los patrimonios de dos o más sujetos se borran —o, al menos, se difuminan— o no se respetan⁸⁴. El problema de esta definición es que resulta vaga y extraordinariamente amplia y, por ello, difícilmente aplicable en la práctica. En el Derecho comparado encontramos diversas clasificaciones (expuestas a continuación), que pueden ser de utilidad a la hora de acotar el concepto de confusión al cual se refiere la Ley Concursal.

5.1.2. Los distintos tipos de confusión

En abstracto, la confusión de patrimonios puede clasificarse en torno a tres criterios: su alcance, su objeto y su causa. En función de su alcance, la confusión de patrimonios

situaciones de posesión de bienes fungibles, de manera que resulta difícil deslindar los bienes propios del tenedor de esos bienes y los que este posee por cuenta de terceros». Ciertamente, un ejemplo típico de confusión de patrimonios en caso de grupos es el de aquellos que cuentan con un sistema de caja única o *cash pooling*. Señala este autor que «parece inevitable llamar al procedimiento concursal a quien, por razón de la confusión que preside un patrimonio, aparece como uno de sus titulares». Sin embargo, tal afirmación no puede compartirse, porque podría suceder que se llamase al concurso (entendido tal «llamamiento al concurso» como la declaración del mismo) a un sujeto solvente. Esto no resulta admisible en el Ordenamiento español, pues debe cumplirse el presupuesto objetivo del concurso en todos los sujetos cuyos concursos se pretendan acumular.

⁸³ V. 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, p. 509. Este autor distingue entre dos tipos de confusión de patrimonios: en primer lugar, aquellos supuestos en los que coincide la titularidad de varios patrimonios en una misma persona. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la aceptación de la herencia que no sea a beneficio de inventario, ya que entonces se confunden los patrimonios del heredero y el hereditario (art. 1023.3 CC a sensu contrario). También es el caso de la fusión de sociedades, que supone el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios de las sociedades fusionadas a una nueva entidad o a una de las entidades preexistentes. Pero, en segundo lugar —y son los supuestos en los que está pensando la Ley Concursal— están los casos de confusión de patrimonios bajo la titularidad fomal de personas distintas. Decimos que son los supuestos a los que se refiere la norma concursal porque son aquellos en los que hay más de un sujeto. También ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 221: «Existe confusión de patrimonios cuando no es posible determinar con seguridad si los bienes y derechos afectos a la responsabilidad patrimonial universal de un determinado deudor (art. 1911 CC) pertenecen a este o a otro de los deudores insolventes. Cuando esos bienes estén mezclados o confundidos con los de otro u otros deudores (es también la expresión que utiliza el art. 285-II CCom), existe confusión patrimonial».

⁸⁴ V. OLIVENCIA, M., «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», cit., p. 502. V., también, el AJM 1 Bilbao 11.5.2005, que niega la existencia de confusión de patrimonios por el hecho de que una sentencia declare la responsabilidad solidaria de una sociedad y de sus administradores.

puede ser total o parcial. Es total cuando no sea posible identificar bien o derecho alguno como de titularidad inequívoca de un deudor concreto; y es parcial cuando solo una parte de ese patrimonio se encuentra confundido con el patrimonio de otro deudor. Para que sea admisible la acumulación no es necesario que la confusión de patrimonios sea total. Por supuesto, una confusión mínima, es decir, que afecte a una pequeña parte del patrimonio no debería permitir la acumulación; pero tampoco se exige que la confusión afecte a todos y a cada uno de los bienes y derechos de uno u otro deudor. Basta con que la confusión afecte a una parte significativa de los patrimonios⁸⁵.

Atendiendo a su objeto, la confusión puede referirse bien a la contabilidad (*intermingling of accounts*), bien a los activos (*intermingling of assets*). La primera consiste en que no sea posible reconstruir los libros contables (si estuviesen obligados a la llevanza de los mismos) y financieros de cada uno de los deudores conexos o en que las cuentas comunes sean irremediabilmente oscuras. En cambio, la segunda consiste en que sea prácticamente imposible asignar activos y pasivos concretos a cada uno de los deudores o que la individualización de los patrimonios sea posible pero excesivamente costosa en términos de tiempo o dinero⁸⁶.

En función de la causa de la confusión, pueden aislarse dos grandes supuestos de confusión⁸⁷. En primer lugar, puede ser estática, en el sentido de que los elementos del

⁸⁵ La más autorizada doctrina ha entendido, empero, que los bienes que se encuentren inscritos en un Registro público a nombre de un determinado deudor no pueden considerarse confundidos con los bienes del otro deudor aunque los primeros se encuentren materialmente en posesión de ese otro deudor. La confusión solo puede darse respecto de bienes no inscribibles o de bienes inscribibles no inscritos. V. ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 221.

⁸⁶ V. BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 426: «Where, according to a standard that is necessarily elusive, the court concludes that the expense of reconstruction is prohibitive or “extremely costly without assurance of success”, or the delay “time-consuming” or “excessive”, consolidation will be ordered». V. *Chemical Bank N.Y. Trust Co. vs. Kheel*, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966). También OSTRIN, B., «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», *Comm. L. J.*, núm. 91 (1986), p. 355: «This approach [...] focuses on the administrative costs of disentangling the intertwined entities. Thus, if conducting audits and reconstructing records in order to distribute dividends to creditors would absorb substantially all the assets, they will be pooled and disbursed to achieve a fair result».

La confusión de activos y pasivos ha sido un factor determinante de cara a acordar la consolidación, entre muchas otras, en las decisiones *Drexel Burnham Lambert Group Inc.* (138 B.R. 723); *Eastgroup Properties* (935 F. 2d 245); *Soviero* (328 F. 2d 446); y *Chemical Bank N.Y. Trust Co. vs. Kheel*, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966). No es necesario que la delimitación de los patrimonios sea totalmente imposible, sino que basta con que la confusión implique una elevada dificultad para separar los activos y pasivos de cada sociedad. Así se ha puesto de manifiesto en las decisiones *Munford* (115 B.R.390); *Vecco Construction Industries, Inc.* (4 B.R. 407); *Drexel Burnham Lambert Group Inc.* (138 B.R. 723); *Murray Industries, Inc* (119 B.R. 8209); *Chemical Bank N.Y. Trust Co. vs. Kheel*, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966) y *Drabkin v. Midland-Ross Corp.* (In re *Auto-Train Corp.*), 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987). Sin embargo, en *In re RaeJean BONHAM* 226 B.R. 56 (1998) se advierte que «Substantive consolidation should not be used as mere device of convenience, in order to overcome accounting difficulties».

⁸⁷ La propuesta proviene de un magistrado francés que previene insistentemente acerca de la dificultad de acotar el precepto. V. TRICOT, V. D., «La confusion des patrimoines et les procédures collectives», *Rapport de la Cour de Cassation*, París [La Documentation Française], 1997, p. 165: «la confusion des patrimoines peut procéder de deux origines: (a) les éléments d’actif et les éléments de passif sont mélangés

activo y del pasivo de cada sujeto estén tan entremezclados que no sean susceptibles de ser asociados o ligados con ningún patrimonio en concreto (o que no haya argumentos para incluirlos en un patrimonio y no en otro). En estos casos, los sujetos habrán actuado como si solo tuviesen un patrimonio para ambos (o como si fuesen titulares de un patrimonio común). Esta confusión se manifiesta a menudo por una imbricación tal de las contabilidades que impide identificar las operaciones para repartirlas o asignarlas a uno de los sujetos. En segundo lugar, la confusión puede ser dinámica, si se constatan flujos financieros anormales (o relaciones financieras anómalas) entre dos sujetos. Por ejemplo, que uno pague las deudas del otro, que figuren con carácter general como avalistas o fiadores recíprocos, etc. También puede ser una combinación de las dos causas anteriores, como por ejemplo en casos de transferencias de fondos y activos a nivel intragrupo. Es habitual que las sociedades más solventes apoyen financieramente a las más débiles mediante préstamos, avales, e incluso pagando directamente sus deudas. Dependiendo del nivel de transacciones y de la diligencia en la llevanza de contabilidad, puede ser imposible rastrear cada operación. Ahora bien, la existencia de vínculos, por estrechos e importantes (cualitativa o cuantitativamente) que sean, entre los deudores no basta para afirmar que existe confusión. Por ejemplo, que uno de los sujetos adeude una suma muy significativa a otro, aunque esté acompañada de un convenio de caja o tesorería entre ambos, o que uno de ellos haya puesto trabajadores a disposición del otro⁸⁸.

5.1.3. La confusión de patrimonios en la Ley Concursal

La constatación de la existencia de la confusión de patrimonios se deja al arbitrio del juez del concurso, sin aparentemente proporcionarle ningún criterio para decidir al respecto. Tanto a la hora de regular la declaración conjunta de concurso, como en cuanto a la acumulación posterior, la Ley se refiere exclusivamente a que «exista entre los deudores confusión de patrimonios» (art. 25.2 LC) o a que «tengan los patrimonios confundidos» (art. 25 bis.1-2.º LC). Sin embargo, respecto a la posibilidad excepcional de consolidar los patrimonios (art. 25 ter.2 LC), la norma exige la concurrencia cumulativa de dos requisitos: por un lado, que exista confusión patrimonial y, por otro, que esta sea de una entidad tal que «no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o una demora injustificados».

de telle façon qu'on ne peut les rattacher à l'un ou l'autre des patrimoines. Les deux personnes en cause se sont comportées comme si elles n'avaient qu'un seul patrimoine. Concrètement cette confusion se manifeste souvent par une imbrication des comptabilités telle qu'on ne peut plus identifier les opérations pour les répartir entre les deux personnes; (b) des flux financiers anormaux (ou des relations financières anormales) sont constatés entre deux entités juridiques. Ainsi l'une paie les dettes de l'autre, etc.». En Francia se permite, en virtud de una construcción pretoriana consagrada por la Ley, la consolidación sustantiva en caso de confusión de patrimonios. No basta la fuerte integración o la mera interdependencia económica o financiera de las sociedades que integran el grupo. V. MARTÍNEZ CASADO, V., «El tratamiento de la insolvencia de un grupo de sociedades francés implantado en España», *ADCo*, núm. 21 (2010), p. 242.

⁸⁸ Asunto *Métaleurop*, citado por JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, París [LexisNexis], 2007, p. 92.

Parece, pues, que la Ley Concursal contempla no uno, sino dos tipos de confusión: una «simple», que habilitaría para acumular (inicial o posteriormente) los concursos de los deudores cuyos patrimonios estuviesen confundidos, y otra «cualificada o agravada», susceptible de dar lugar a la consolidación de dichos patrimonios, cuando la confusión revista una determinada entidad⁸⁹.

Por lo que respecta a la confusión «simple», y a la vista de la amplitud y sencillez de los términos en los cuales está contemplada, parece que deben tener cabida en este supuesto tanto los casos de confusión total como los de confusión parcial, y que la misma puede referirse a la contabilidad, a los activos o a ambos, y ser estática o dinámica. También se ha planteado si es suficiente la situación objetiva de confusión de patrimonios o si, por el contrario, es necesario que se hayan empleado medios antijurídicos (tales como personas interpuestas titulares formales o a las situaciones de utilización abusiva de la forma societaria para disfrazar la verdadera situación real). Aunque aisladamente se ha defendido lo segundo⁹⁰, no entendemos por qué habría de restringirse sin motivo aparente el ámbito de aplicación de la norma, que solo parece atender a elementos objetivos (la existencia de confusión de patrimonios) sin prestar atención a elementos subjetivos (como la existencia de fraude).

En cuanto a la confusión «cualificada», no se exige que sea completamente imposible deslindar los elementos que pertenecen a uno o a otro deudor. Basta, por el contrario, con que dicha tarea sea tan ardua que el esfuerzo (medido ya sea en términos de dinero, ya sea en términos de tiempo) resulte desproporcionado respecto a los resultados que pudieran obtenerse: así se deduce del tenor de la Ley tras la reforma de 2011, que habla de que «no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o una demora injustificados»⁹¹. Por injustificados entendemos aquí «desproporcionados»

⁸⁹ Podría entenderse alineado con la postura que aquí se defiende a ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., cuando afirma en p. 48 que «[c]onfusión de patrimonios no equivale pues para el legislador concursal a imposibilidad o gran dificultad de deslinde. Consecuentemente, cabrá entender que bastará con que exista una coincidencia significativa de activos y pasivos para que pueda entenderse concurrente el supuesto legal de confusión de patrimonios a los efectos de acumulación o declaración conjunta de concursos».

⁹⁰ Se muestra partidario de esta opción GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 304. Precisamente por esto se argumenta que la confusión patrimonial justifica la consolidación de los patrimonios de los deudores: la consolidación sustantiva estaría justificada porque la confusión de patrimonios refleja una falta de respeto hacia las formalidades de la personalidad jurídica que ignora su verdadero funcionamiento y significado. V. BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 427. En este sentido puede citarse también a OLIVENCIA, M., «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», cit., p. 507, que afirma que «El efecto último de la confusión de patrimonios es el de una rectificación extensiva del tema de la responsabilidad. La confusión de patrimonios se estima que lleva consigo una contaminación de la responsabilidad por deudas, aunque estas hayan sido contraídas exclusivamente a nombre de uno de los titulares de los patrimonios confundidos. Se trata de un supuesto de aplicación preferente del criterio económico-sustancial sobre el jurídico-formal».

⁹¹ Antes de la reforma, la doctrina ya había apuntado a esta solución. Así, afirmaba DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 198, que «[l]a confusión —evidenciada por ejemplo en una contabilidad única— existe cuando el entrelazamiento patrimonial es tan intrincado que desentrañar e individualizar la titularidad de cada elemento del activo o cada atribución de los elementos del pasivo sea tan ardua que el esfuerzo —en tiempo y en gastos— necesario para ello sea desproporcionado a los

respecto a los beneficios que, con este deslinde, podrían reportarse. Ahora bien, el análisis de esta desproporción no resulta sencillo, ya que dicha desproporción puede referirse al volumen de las masas conjuntas de los diversos deudores o a cualquier otro parámetro económico, y, en lo temporal, la desproporción debería medirse respecto al tiempo en que deberían, en condiciones normales, tramitarse los concursos, factor este que no es sencillo de determinar. Al establecerse este análisis coste-beneficio para determinar si existe o no confusión de patrimonios, el legislador está exigiendo que se ponderen los costes del deslinde patrimonial (medidos en términos monetarios o temporales) y los beneficios que el mismo podría reportar.

Por último, téngase en cuenta que la consideración de que dos sujetos tienen confundidos los patrimonios implica la destrucción de una apariencia jurídica, lo cual suele exigir un pronunciamiento declarativo dictado en un proceso contencioso⁹². Sin embargo, en sede concursal no parece que tal exigencia sea de aplicación, por los efectos dilatorios que tendría sobre la tramitación de los procedimientos. Piénsese, en efecto, que, antes de solicitar la declaración conjunta de concurso o la acumulación posterior de los concursos declarados de varios deudores con patrimonios confundidos, debiese incoarse —y tramitarse— el procedimiento correspondiente para acreditar que existe tal confusión. La conculcación del principio de celeridad que debe regir los procedimientos de insolvencia⁹³ desaconseja esta opción. Parece, pues, más razonable que sea el juez de lo mercantil ante el cual se presente la solicitud de declaración conjunta o la solicitud de acumulación de concursos ya declarados quien valore los indicios de confusión y decida en consecuencia si procede o no la acumulación (y, excepcionalmente, la consolidación de masas, *ex art. 25 ter.2 LC*)⁹⁴.

5.2. Justificación de la conexión

El tema de la confusión de patrimonios ha sido —y es— utilizado con insistencia como dato rectificador de los criterios de atribución de responsabilidad. Así, frente a los principios jurídico-formales que determinan la titularidad pasiva de las obligaciones y la correspondiente responsabilidad patrimonial (cada sujeto responde de sus deudas con su propio patrimonio), se ha empleado el hecho económico-material de la confusión patrimonial para hacer recaer la responsabilidad sobre personas distintas de las que

resultados que pudieran obtenerse si, intentada la operación de individualización patrimonial, se alcanzara un resultado positivo».

⁹² Así lo recuerda GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 304.

⁹³ El apartado X de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala, en efecto, que «[l]a flexibilidad que inspira todo el procedimiento concursal se combina con las características de rapidez y simplicidad. La Ley de Enjuiciamiento Civil actúa como supletoria de la Ley Concursal, en cuanto esta no contemple normas procesales especiales. La finalidad que se persigue es la de reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación, sin merma de las garantías que exige la tutela judicial efectiva de todos los interesados».

⁹⁴ V., en el mismo sentido, ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 48.

formalmente aparecen como deudoras en la relación obligatoria de que se trate. Ejemplos típicos son los de los abusos o deformaciones de las formas jurídicas societarias⁹⁵. En este sentido, la confusión de patrimonios se ha empleado tradicionalmente para rectificar las consecuencias a las que podría llevar una rigurosa aplicación de los principios atributivos de la responsabilidad.

Sin embargo, esta forma de entender la confusión de patrimonios como discordancia entre «ser» y «parecer» (o entre forma y substancia) susceptible de modificar los criterios de atribución de responsabilidad no aprehende el concepto que maneja la Ley Concursal ni los fines para los que lo hace. En efecto, excepcionalmente se permite la consolidación de las masas de los deudores con patrimonios confundidos (art. 25 ter.2 LC), siempre y cuando «no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados». Así, en primer lugar, la consolidación de masas en caso de confusión de patrimonios resulta excepcional, esto es, no en todos los casos en los que los patrimonios de los deudores conexos se hallen confundidos procederá la consolidación de los mismos. En segundo lugar, no parece que la Ley Concursal esté pensando exclusivamente en una confusión patrimonial fraudulenta, ilícita o abusiva (ya que reserva eventuales consecuencias a nivel de responsabilidad para casos extremos y excepcionales). En tercer lugar, se reconoce expresamente que existen niveles de confusión, que pueden ser graves o menos graves. Y en cuarto y último lugar, la proposición «cuando no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados» apunta a que la verdadera preocupación del legislador es la eficiencia en la gestión de los concursos, y no tanto —o no solo o no principalmente— la depuración de la eventual responsabilidad de los deudores.

6. Los concursos de los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de esta

Este último supuesto de conexión entre concursos ya venía contemplado en el texto de la Ley Concursal anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, aunque, al igual que tras la misma, solo se preveía como presupuesto para la acumulación posterior y no para la acumulación inicial (antiguo art. 25.2, actual art. 25 bis.1-4.º LC). En este supuesto,

⁹⁵ El tema de la confusión de patrimonios ha sido, pues, manejado como arma para romper el «hermetismo» de la persona jurídica y extender responsabilidades a los socios que hubiesen abusado de las formas societarias. Es, por ejemplo, una forma de corregir una anomalía en la configuración de la persona jurídica titular de un patrimonio confundido, en la realidad, con el de los socios, que lo manejan como propio. V., extensamente al respecto, OLIVENCIA, M., «La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio», cit., pp. 505 y ss. Otros ejemplos que cita este autor son los supuestos de traspasos de masas de bienes mediante enajenaciones simuladas a favor de otra persona, la actuación formal y aparente de un testaferrero al frente de un patrimonio perteneciente en realidad a un *dominus* oculto, la gestión de una empresa mediante un titular aparente, etc. También está el caso del factor que contrae obligaciones en nombre de su principal y que responde con su patrimonio cuando este esté confundido con el del principal (art. 285 CCom).

como es obvio, solo se requiere que los miembros o integrantes de la entidad sin personalidad jurídica se encuentren en concurso (la entidad sin personalidad jurídica nunca podrá estarlo, al incumplir el presupuesto subjetivo de la concursabilidad, art. 1.1 LC).

6.1. Delimitación del supuesto

Es indiferente que los miembros o integrantes de la entidad sin personalidad jurídica respondan a título principal o a título subsidiario de las deudas contraídas en nombre de esta, así como que lo hagan en un régimen de solidaridad o de mancomunidad. El ejemplo típico que suele citarse en este caso es el de las uniones temporales de empresas⁹⁶, aunque también serían encuadrables aquí otros supuestos (improbables, la mayoría de ellos)⁹⁷. Igualmente podrían subsumirse en esta categoría los concursos de los socios de una sociedad irregular, de entenderse, como hace una minoría⁹⁸, que esta carece de personalidad jurídica y no puede, por ello, ser declarada en concurso⁹⁹.

⁹⁶ Sin embargo, pese a la falta de personalidad jurídica, aislada y recientemente se ha sugerido la posibilidad de que una unión temporal de empresas sea declarada en concurso si se da la circunstancia de que constituya un centro de imputación de relaciones jurídicas. V., en este sentido, BONARDELL LENZANO, R., «Las uniones temporales de empresas y el concurso de acreedores», *RCP*, núm. 17 (2012), pp. 56 y 57: «[E]ntiende un relevante sector de la doctrina que la alusión a la personalidad jurídica no es una cláusula de cierre impositiva de incluir en el círculo de entidades susceptibles de ser sometidas a concurso a las que no cuenten con una declaración formal en tal sentido, sino que el dato determinante de la regla general consiste en la ostentación de la condición de deudor. Pero si se parte de que la unión temporal de empresas es una sociedad interna sin trascendencia frente a terceros en el orden organizativo, de forma que los derechos y las obligaciones son asumidos directamente por los miembros que la integran, forzosamente habrá de concluirse que no posee la condición de entidad deudora y, por tanto, carece de capacidad concursal». Ciertamente, mientras que el art. 7.2 Ley 18/1982 niega categóricamente que la UTE tenga personalidad jurídica, el art. 8 otorga a este tipo de organizaciones un régimen muy similar al derivado de la personalidad jurídica. De ahí que se haya interpretado que la UTE goza de personalidad jurídica básica, pero carece de personalidad jurídica completa. Así lo interpreta MOYA BALLESTER, J., «Las uniones temporales de empresas: concepto y régimen jurídico aplicable», *RDM*, núm. 282 (2011), pp. 155 a 186. Critica también la ausencia de personalidad jurídica de las UTEs y la consiguiente imposibilidad de que sean declaradas en concurso, ARA, C., «UTE. Efectos de la declaración de concurso de uno de sus miembros», *ADC*, núm. 26 (2012), pp. 135 y ss.

⁹⁷ Por ejemplo, las comunidades de propietarios, que carecen de personalidad jurídica (art. 22 LPH), y en las cuales cada copropietario responde personal y subsidiariamente por la cuota que le corresponda en el importe no pagado. Ahora bien, parece poco probable que varios copropietarios devengan insolventes a la vez. La misma salvedad puede realizarse en cuanto a los entes sin personalidad integrados por una agrupación de personas físicas con una finalidad puntual (agrupaciones de alumnos, de vecinos, etc.) que señala GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 303; o en cuanto a los fondos recogidos en una suscripción pública para determinados fines que menciona DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 521.

⁹⁸ V. VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, cit., p. 36, nota 48. La postura que niega completamente la personalidad jurídica a la sociedad irregular es claramente minoritaria: la mayoría de la doctrina se inclina por reconocerle, al menos, un «cierto grado de subjetivación jurídica» que la haría susceptible de ser declarada en concurso.

⁹⁹ Recuérdese que, si entendemos que la sociedad irregular sí tiene personalidad jurídica y cumple así el presupuesto subjetivo para ser declarada en concurso, en el caso de que todos o varios de los socios sean insolventes podríamos encuadrar el supuesto en los arts. 25.1 y 25 bis.1-3.º LC, que se refieren a los

6.2. *Justificación de la conexión*

Lo que sucede en este supuesto de conexión es que existe una comunidad de deudas entre varios sujetos, esto es, que varias personas están llamadas a responder de una serie de deudas. En el caso de que todas —o algunas— de ellas devengan insolventes, se permite el tratamiento coordinado de los concursos para asegurar una distribución equitativa de las obligaciones de la entidad sin personalidad jurídica y coordinar las eventuales acciones de regreso entre los obligados por las deudas de esta.

III. **Recapitulación: la conexión entre concursos**

Lo primero que puede concluirse del análisis de la tipología de los concursos conexos que contiene la Ley Concursal es su heterogeneidad. Ciertamente es que existe un determinado tipo de vínculo que parece repetirse: la existencia de nexos patrimoniales entre los deudores, ya sea en el activo o en el pasivo. Ello explicaría la cláusula de cierre de la confusión de patrimonios, como vía para otorgar un tratamiento específico a aquellos concursos que, pese a no estar incluidos en ninguna de las demás categorías, presentan vínculos que recomiendan dicho tratamiento. Así, frente a la postura que considera que la conexión que la Ley estima relevante es de naturaleza subjetiva¹⁰⁰, podría también defenderse que se trata de una conexión de tipo objetivo, concretamente, patrimonial¹⁰¹.

Sin embargo, tampoco podemos afirmar que la conexión que el legislador estima relevante para brindar un tratamiento específico a dos o más concursos conexos sea estricta y exclusivamente de naturaleza patrimonial. En efecto, a excepción del supuesto de la confusión de patrimonios, la Ley Concursal permite un tratamiento específico a partir de la mera existencia de vínculos subjetivos entre los deudores (como en el caso de los grupos o de los cónyuges), presumiendo o dando por sentado que también existen vínculos patrimoniales, pero sin exigirlos.

Por último, en el caso de los grupos, queremos pensar que la inclusión de este supuesto en el elenco de concursos conexos obedece a la moderna corriente doctrinal que aboga

concursos de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica (v., supra, 4.1).

¹⁰⁰ V. BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 553, quien afirma que «[l]a Ley Concursal regula la acumulación desde una perspectiva radicalmente diferente que la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentando un carácter marcadamente subjetivo. Esta delimita los supuestos en los que la acumulación resulta procedente atendiendo a la conexión existente entre el objeto de los procesos que se intenta acumular. Por el contrario, la Ley Concursal, partiendo de que su condición de proceso universal permite conocer y satisfacer a través de él la generalidad de acciones de contenido patrimonial, atiende a la existencia de elemento de conexión entre el sujeto pasivo frente al que se dirigen los distintos procesos concursales, es decir, a la existencia de algún tipo de vínculo jurídico entre los diversos deudores frente a los que se dirigen los distintos concursos, especificando qué clases de vínculos habilitan para acordar la acumulación de los diferentes concursos».

¹⁰¹ Parece inclinarse por esta opción RODRÍGUEZ MERINO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 554: «El denominador común para permitir la acumulación viene determinado por la relación entre deudores y patrimonios, y por la evidente conexión entre los objetos de los procesos».

por romper el abismo entre «ser» y «parecer» que existe en este tipo de fenómenos¹⁰². También tendrían cabida, por lo tanto, los vínculos organizativos y económicos.

En definitiva, parece que no podemos acotar de forma precisa los nexos que definen y dotan de entidad a la categoría de los concursos conexos. Entre estos están los vínculos de naturaleza patrimonial, pero también los de naturaleza personal y de carácter económico u organizativo. Esta falta de claridad, si bien tiene la ventaja de flexibilizar la aplicación de la norma, resulta incómoda para el intérprete. Cabe esperar que, tal vez en un futuro, el legislador especifique la naturaleza del vínculo que debe mediar entre los deudores para que los respectivos concursos se reputen conexos a efectos legales. La especificación de los vínculos relevantes no obstaría a la flexibilidad de la medida, al contrario, la incrementaría, en el sentido de avanzar hacia un sistema de *numerus apertus*, presumiblemente más eficiente en un mundo donde la realidad inventa nuevas formas de organización de forma constante.

¹⁰² Suele afirmarse que el Derecho concursal debe poner remedio de alguna manera a la discrepancia entre ser y parecer que se da en los grupos societarios o, dicho de otra manera, la «unidad económica» (*wirtschaftliche Einheit*) del grupo ha de ser tenida en cuenta de cara a relativizar la «pluralidad formal» (*rechtlichen Vielheit*) del mismo y su inmediata consecuencia: la aplicación del principio de separación y la tramitación radicalmente separada e independiente de los concursos conexos.

CAPÍTULO II. LAS MODALIDADES DE TRATAMIENTO DE LOS CONCURSOS CONEXOS

I. La perspectiva holística versus la perspectiva atomística

Dos factores hacen del tratamiento de los concursos conexos un tema particularmente complejo. El primero de estos factores es la independencia formal de cada sujeto como fundamento de su respectivo procedimiento concursal. El Derecho concursal exige, como presupuesto subjetivo básico de concursabilidad y con muy pocas excepciones (v., art. 1.2 LC), el ser sujeto de Derecho. El segundo de estos factores es el reciente cambio de paradigma desde una perspectiva puramente formal a una creciente influencia de consideraciones que abogan, especialmente en el caso de los grupos, por atender al conjunto de los concursos conexos. Si se prefiere, la primera aproximación podría denominarse «atomística», mientras que la segunda vendría a ser «molecular»¹⁰³ u «holística»¹⁰⁴.

Los párrafos que siguen se basan en el estudio de la doctrina que ha estudiado los grupos en sede concursal¹⁰⁵. Consideramos, sin embargo, que las conclusiones que de ella se extraen resultan extrapolables en líneas generales al conjunto de los concursos conexos¹⁰⁶.

¹⁰³ Tomamos prestado aquí el símil de LUTTER, quien, a propósito de la regulación de los grupos, afirmó que las sociedades son como átomos susceptibles de agruparse y formar estructuras moleculares más complejas. Y, al igual que una molécula es algo distinto y algo más (cuantitativa y cualitativamente) que la suma de los átomos que la forman, el grupo también es algo distinto y algo más que la mera suma de las sociedades que lo componen. V. LUTTER, M.; SCHEFFLER, E., y SCHNEIDER, U., «Der Konzern als finanzwirtschaftliche Einheit», cit., pp. 3 y ss. y, sobre todo, LUTTER, M., «Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa», *ZGR*, núm. 16 (1987), pp. 329 y ss.

¹⁰⁴ El término «holístico» se refiere a la aprehensión de una determinada realidad como un todo distinto de la mera suma de las partes que lo componen.

¹⁰⁵ La atención que ha suscitado esta materia supera con creces la atención despertada por otros supuestos de concursos conexos, por ello la bibliografía de la presente investigación se refiere mayoritariamente a los grupos. Téngase en cuenta, en todo caso, que, pese a que los grupos de sociedades son un fenómeno en creciente auge desde principios del siglo pasado, no suscitaban más que un modesto interés por parte de la doctrina concursalista hasta el último cuarto del mismo. Fue en esa época cuando las insolvencias de grupos espectacularmente grandes (baste con citar las de AEG-Telefunken, Pelikan o Parmalat) atrajeron simultáneamente la atención de prácticos y estudiosos del Derecho. Desde entonces, es precisamente a través de la experiencia como se han ido configurando, sistematizando y perfeccionando las diversas posiciones que existen respecto de los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo. No han faltado, en efecto, insolvencias de grupos (Enron, Nueva Rumasa, etc.) en los albores del siglo XXI. No en vano SCHMIDT afirma que el Derecho concursal de grupos es un ámbito del Derecho que se perfecciona y sistematiza a raíz de la creciente experiencia práctica (citado por UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht als Problem der Insolvenzrechtreform», *KTS*, núm. 47 (1986), p. 423). Sobre el caso Enron en particular, v. HIGHTOWER, J., «The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy», *Ga. L. Rev.*, núm. 38 (2003), pp. 459 a 488. La bibliografía citada es mayoritariamente extranjera (y principalmente alemana), dado que son los autores extranjeros los que más atención han prestado a la regulación de los concursos de varios miembros de un grupo desde el punto de vista de la coordinación y la eficiencia procedimental. Las consideraciones vertidas por estos autores son, por la cercanía entre los sistemas concursales alemán y español, trasladables (en términos genéricos) a este último Ordenamiento.

¹⁰⁶ Recuérdese que la Ley Concursal incluye sin distinción alguna, en el elenco de concursos conexos, tanto las sociedades que forman parte del mismo grupo como otros supuestos. Con la única excepción de

El hecho de que sea el concreto caso de los grupos el que ha acaparado en buena medida la atención de la doctrina deriva no solo de que sea el supuesto de conexiones entre concursos que con más frecuencia se da en la práctica, sino que también es el que más sencilla e intuitivamente se presta a consideraciones de tipo holístico.

1. El principio de separación (*Trennungsprinzip*)

El principio de separación rige la aproximación tradicional al fenómeno de los concursos conexos, y puede resumirse bajo la máxima «una persona, un patrimonio, un concurso»¹⁰⁷. La principal ventaja de esta aproximación es la seguridad jurídica que proporciona, ya que no afecta a las relaciones jurídicas preexistentes. Ciertamente, la aplicación de este principio se justifica porque tiene la enorme ventaja de clarificar las relaciones jurídicas (una ventaja que, como se ha señalado, nos remite incluso al Derecho romano)¹⁰⁸, al reducirlas a las relaciones entre cada deudor y sus propios acreedores. Se basa en relaciones bilaterales o *one-to-one*. Además, su aplicación resulta relativamente sencilla, ya que tanto los presupuestos del concurso como las posibilidades de reorganización y salvamento son examinadas y analizadas respecto de cada deudor individualmente considerado¹⁰⁹, sin que sea necesaria la elaboración de normas adicionales de tipo holístico dirigidas a los concursos conexos.

los deudores con patrimonios confundidos (único supuesto en el cual cabe acordar la consolidación de patrimonios), las medidas de coordinación previstas (principalmente, la concentración de las competencias judiciales, el nombramiento de una administración concursal común o el condicionamiento de convenios) lo están para todos los casos de concursos conexos. Cuando la Ley no efectúa distinciones, tampoco parece que debamos hacerlo nosotros. Así, por ejemplo, la finalidad de la coordinación a nivel del órgano jurisdiccional debe ser, en términos generales, la misma en el caso de un grupo y en el caso de un matrimonio. Ello no obsta, como es natural, a que, en ocasiones, debamos introducir puntualizaciones en función del concreto supuesto que estemos analizando.

¹⁰⁷ La expresión proviene de la doctrina alemana, aunque existen ligeras variaciones. Así, para algunos autores es «eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz». V. HAAS, U., «§ 95 Konzern und Insolvenz», cit., p. 1687 y HIRTE, H., en Uhlenbruck (ed.): *Insolvenzordnung Kommentar* (12.ª ed. 2003), § 11 *InsO*, nota 394. Una variante es «eine Person, ein Vermögen, ein Verfahren», v. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 353. Bajo el régimen anterior a la *InsO* se decía: «Eine Person, ein Vermögen, ein Konkurs», como refiere UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht als Problem der Insolvenzrechtreform», cit., p. 423. Por su parte, PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», *Tex. Int'l L. J.*, núm. 42 (2006-2007), p. 825, también emplea la traducción en inglés «one company, one insolvency, one proceeding». En España, también se ha señalado que el criterio «tradicional» es aquel que hace primar la personalidad jurídica propia de cada sociedad. V. SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., pp. 16 y ss.

¹⁰⁸ Lo recuerda PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 825: «From a bird's eye view, one of its greatest achievements is that it reduced the complexity of real life dramatically by constructing a parallel legal world which splits this very complexity more or less into relationships between two persons. This is roughly true for substantive law as well as for procedural law; still today our basic legal instruments in private law are the debtor-creditor relationship and the plaintiff-defendant relationship. To be sure, we can add many more actors but that does not exclude that the basic legal denominator is such relationship between two persons».

¹⁰⁹ Insiste en ello HAAS, U., «§ 95 Konzern und Insolvenz», cit., p. 1687.

Ejemplo de lo anterior serían aquellos Ordenamientos, como el alemán hasta hace poco, donde no se contemplan de forma expresa los concursos conexos, marcadamente, el concreto supuesto de los grupos de sociedades¹¹⁰: la forma habitual de considerar los concursos de varios miembros de un grupo consiste en fragmentar dicho grupo en las diversas entidades que lo integran. Prima la multiplicidad legal o formal del grupo (*die rechtliche Vielheit eines Konzerns*) sobre su unidad económica (*die wirtschaftliche Einheit*)¹¹¹. Se dice por ello que se trata de un modelo de Derecho concursal de grupos atomístico (*ein atomistisches Konzernrechtsmodell*), por cuanto tiene en cuenta las entidades que componen el grupo en detrimento del grupo en sí¹¹². Según esta concepción, un grupo

¹¹⁰ Alemania se ha caracterizado durante mucho tiempo por carecer de reglas sobre concursos conexos. No las había bajo el derogado régimen de la Konkursordnung de 1877, y la situación tampoco se alteró con la reforma concursal alemana. La Comisión de Reforma creada en 1978 (cuyas primeras conclusiones se publicaron en 1985) ratificó el principio de separación como principio fundamental. V. AA. VV., *Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, Colonia [Bundesministerium der Justiz], 1985, p. 292. Esta carencia no quedó exenta de crítica (especialmente por lo que respecta a los grupos, v., nota 10). A fecha de cierre de la presente investigación, el *Bundesministerium der Justiz* alemán había hecho pública una propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung* (*Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*, en adelante *InsO-E*, de fecha 3.1.2013) en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo. Aunque limitada a uno de los supuestos de conexiones entre concursos (los grupos), esta propuesta resulta profundamente innovadora en el Ordenamiento alemán, pues rompe por vez primera con la rígida aplicación del principio de separación. La propuesta gira en torno a dos principios básicos, que podríamos denominar el principio de consagración y el principio de innovación. Conforme al primero, y en base a la praxis desarrollada bajo el deficiente régimen en vigor, se introducen nuevas normas que permiten expresamente la tramitación coordinada de los procedimientos conexos, consagrándose así prácticas habituales que actualmente se realizan en Alemania incluso sin refrendo normativo. Concretamente, se habilita la concentración de competencias judiciales (tanto inicial como posteriormente) y el nombramiento de una administración concursal común para todos los procedimientos de insolvencia. Sin embargo, en ningún momento se imponen tales medidas, de manera que es posible que se dé el caso de que los procedimientos de las sociedades del grupo estén en manos de órganos jurisdiccionales y/o administraciones concursales diferentes. Por ello también se establecen normas básicas para la colaboración entre los distintos órganos de cada uno de los procedimientos. El segundo principio que inspira la reforma es el principio de innovación. El legislador explora nuevos horizontes mediante la creación de un «procedimiento de coordinación» (*Koordinationsverfahren*), cuya finalidad es mejorar la armonización entre los procedimientos, mas sin cuestionar la independencia de cada uno: preserva la autonomía de cada procedimiento pero estimula la coordinación. En este marco, puede nombrarse, dentro del círculo de los administradores concursales, a un «administrador concursal coordinador» (*Koordinationsverwalter*), encargado de velar por el desarrollo coordinado de los procedimientos de insolvencia. También implica la existencia de un «juez coordinador» (*Koordinierungsgericht*) y de un «plan de coordinación» (*Koordinationsplan*), que actúa como plan de referencia para cada uno de los procedimientos. La propuesta renuncia a adoptar otros instrumentos. En particular, se desechan la consolidación procedimental (*verfahrensmäßige Konsolidierung*) y la consolidación material o sustantiva (*materielle Konsolidierung*).

¹¹¹ Así lo afirma EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 353.

¹¹² Así lo define MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», *ZGR*, núm. 3 (1984), p. 551. Este autor cita a su vez a Karsten Schmidt como creador de la expresión. En el caso de los grupos, el principio de separación es una emanación de la «teoría de la sociedad», que representa el pensamiento tradicional que considera a esta como eje central. La sociedad es una persona artificial, creada según los protocolos de incorporación que legalmente se establezcan y cuyo cumplimiento determina el reconocimiento de su personalidad jurídica separada. Los dos pilares de esta concepción son, de un lado, la personalidad separada e independiente de la sociedad y las de sus socios, y, de otro, la responsabilidad limitada de estos por las deudas sociales. Estas características

no es sino una amalgama de entidades jurídicamente separadas e independientes, tanto en cuanto a derechos como en cuanto a responsabilidades.

Lo que subyace a este modelo es, en definitiva, la creencia de que no existe (ni ha de existir) un Derecho concursal específico para los concursos conexos que les proporcione un tratamiento diferenciado frente a los concursos aislados.

2. Los inconvenientes de la aplicación estricta del principio de separación

En un plano estrictamente concursal, la rígida vigencia del principio de separación puede, en primer lugar, impedir la maximización de la masa concursal de cada deudor y la correlativa optimización de la satisfacción de los acreedores. No solo puede haber ineficiencias (mayores costes y mayor duración de los procedimientos), sino que la falta de adopción de una perspectiva de conjunto puede impedir la aprehensión de determinados hechos (por ejemplo, transferencias patrimoniales entre los deudores)¹¹³.

En segundo lugar, puede perjudicar o restringir la reorganización y salvamento de cada deudor. Esto es especialmente cierto en el caso de los grupos, entendiéndose que algunos de los mismos operan como una auténtica unidad económica. Téngase en cuenta que el entrelazamiento económico existente en el seno de un grupo puede hacer que las causas o el origen del hundimiento o crisis de uno de sus miembros no residan propia o estrictamente en este, sino en otra parte del grupo (ya sea por un «efecto dominó» o por ineficiencias aisladas). El conocimiento de estas causas es crucial no solo para lograr un desarrollo óptimo del proceso concursal, sino también de cara a una eventual solución convenida o liquidatoria que lleve aparejada la continuación de la actividad empresarial¹¹⁴.

únicamente podrían ser alteradas en circunstancias concretas y mediante remedios excepcionales, como por ejemplo el levantamiento del velo en supuestos de abuso o de uso fraudulento de las formas societarias. V., también, BERLE, A., «The theory of enterprise entity», cit., p. 343.

¹¹³ Antes de que la normativa concursal española regulase las conexiones entre concursos por primera vez, la más autorizada doctrina ya había puesto de manifiesto las carencias y obstáculos que la rígida vigencia del principio de separación generaba en la práctica. V. ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», cit., p. 482: «Se produce así una pluralidad de procedimientos, ante distintos jueces y con distintos síndicos. Y esta falta de coordinación ocasiona, con frecuencia, muy delicados problemas».

¹¹⁴ En el caso de los grupos, la inexistencia de un Derecho concursal que atienda a su realidad económica se considera un gran obstáculo al saneamiento y reorganización de los miembros del grupo, v. HAAS, U., «§ 95 Konzern und Insolvenz», cit., p. 1687. En idéntico sentido, PAULUS, C., «Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches», cit., pássim, especialmente, p. 826. V., infra, Segunda Parte, VII y VIII.

En el ámbito internacional, la propuesta de reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia de 12 de diciembre de 2012 (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation N° 1346/2000 on insolvency proceedings) también apuesta por apartarse del principio de separación en el caso de los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo, precisamente porque su vigencia estricta reduce las perspectivas de reorganización del grupo en su conjunto. En el memorándum explicativo se afirma, en efecto, que: «The basic premise of the Insolvency Regulation is that separate proceedings must be opened for each individual member of the group and that these

En tercer lugar, pueden darse situaciones palmariamente injustas en las que, por diversos factores que se irán desgranando a lo largo del presente trabajo, los acreedores de uno de los concursos conexos obtengan plena satisfacción (o, si no plena, al menos significativamente mayor) en detrimento del resto de los acreedores de los demás concursos conexos.

A este tipo de situaciones (caracterizadas por la ineficiencia, la descoordinación o la desprotección de un grupo de acreedores) se llega, precisamente, considerando cada concurso conexo de forma aislada e independiente¹¹⁵.

3. La modulación o derogación del principio de separación

De lo expuesto en el apartado anterior se deduce que la máxima «una persona, un patrimonio, un concurso» no es capaz de hacerse con la complejidad de la cuestión cuando median entre los deudores determinados vínculos¹¹⁶. Se plantea así la posibilidad de derogar o, al menos, moderar la vigencia del principio de separación. Si no se introducen mecanismos de tratamiento de los concursos conexos, sucederá que la normativa concursal contrastará cínicamente con la realidad económica, especialmente en el caso de los grupos, fenómeno dominante del siglo XXI frente a las sociedades-isla.

Así pues, puesto que no podemos modificar la realidad, deberemos incorporarla o integrarla en las normas. Es por ello necesario tratar el fenómeno de los concursos conexos de manera adecuada, matizando la tradicional fórmula del principio de separación¹¹⁷. Aunque sean imaginables muy distintos enfoques para abordar tan

proceedings are entirely independent of each other. The lack of specific provisions for group insolvency often diminishes the prospects of successful restructuring of the group as a whole and may lead to a break-up of the group in its constituting parts».

¹¹⁵ HÄSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, 3.^a ed. Colonia-Berlín-Bonn-Múnich [Carl Heymanns], 2003, p. 853, pone el ejemplo de los grupos, donde la dirección unitaria de las sociedades pertenecientes al mismo grupo no suele atender a los particulares intereses de cada una. Al contrario, se dirige más bien al interés común del grupo o al de la sociedad dominante. Ocurren así transferencias patrimoniales, concentración de los beneficios en la cabeza del grupo o concentración de las pérdidas en las sociedades dependientes, hecho que contraviene los intereses particulares de estas últimas y compromete los derechos de sus acreedores. En caso de insolvencia de una o varias sociedades del grupo, los acreedores no están protegidos mediante un procedimiento unitario sobre el conjunto patrimonial del grupo. Al contrario, las sociedades que lo integran permanecen en este sentido formalmente independientes. Pese a estas reflexiones, este autor se muestra contrario a un procedimiento unitario (en el sentido de consolidación de las masas) por cuestiones de política legislativa. Sin embargo, queda patente la crítica a la aplicación estricta del principio de separación.

¹¹⁶ Insiste en ello PAULUS, C., «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», *ZIP*, núm. 44 (2005), p. 1948. Más radicalmente, para el supuesto de los grupos, se ha llegado a afirmar que entender el Derecho concursal de grupos como la confirmación del principio de separación de patrimonios equivale a desconocer las directrices que lo conforman. V., también, UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 44.

¹¹⁷ Porque, ciertamente, la realidad se muestra en ocasiones contraria a esta máxima, mostrándonos casos que económicamente representan la insolvencia de un grupo (aunque legalmente deban ser considerados casos de insolvencia de sus miembros individualmente considerados): «And contrary to the maxim I mentioned above, corporate group insolvencies are encountered in practice, even if they be not legally regarded as an insolvency of the group but, rather, of its members individually. Therefore, we should

complejo problema, es importante que la normativa concursal se refiera a los concursos conexos tan detalladamente como sea posible, para así otorgar certeza y confianza a todas las partes involucradas en transacciones con deudores conexos¹¹⁸. Conforme a la tesis que aquí se defiende, y que concuerda con la aproximación del legislador español, la existencia de determinados nexos económicos o patrimoniales entre algunos deudores justifica, al menos, la moderación o relativización del principio de separación¹¹⁹, de forma que la configuración de los diversos procedimientos refleje de alguna manera la realidad económica o patrimonial de los deudores conexos. Esto requiere analizar en qué medida se puede o se debe reflejar la conexión entre concursos en un procedimiento de insolvencia¹²⁰.

Dependiendo de si se opta por la mera modulación del principio de separación o por su completa derogación, pueden establecerse dos modelos fundamentales para el tratamiento de los concursos conexos¹²¹: la coordinación de los procedimientos y la consolidación de las masas.

respond to the problems presented by the insolvency of a “company group”. V. HIRTE, H., «Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups’ Insolvencies», *ECFR*, vol. 5, núm. 2 (2008), p. 213.

¹¹⁸ Especialmente cuando se trata de sociedades pertenecientes al mismo grupo. Así lo afirma HIRTE, H., *ibid.*, p. 213: «Although a variety of approaches are taken to these very complex issues, it is important that an insolvency regime address matters concerning corporate groups in sufficient procedural detail to provide certainty for all parties concerned in commercial transactions with corporate groups». La misma reflexión aparece en HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», *cit.*, p. 444.

¹¹⁹ Esta es lo que propugna en Alemania EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», *cit.*, p. 353.

¹²⁰ V. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», *cit.*, p. 547. Se suma a ello EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, *cit.*, p. 459.

¹²¹ También propone un modelo dual para el tratamiento de los concursos conexos (aunque limitándose a los casos de grupos de sociedades), PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», *cit.*, pp. 826 y ss.: «two options for a modernized treatment of group insolvencies are recognizable: the first is of a procedural aggregation, the second option is of substantive aggregation». Algunos autores, como EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, *cit.*, pp. 469 y ss., proponen no dos, sino tres *Grundmodelle*. Se ha omitido, por ser incompatible con la normativa concursal española, el modelo de extensión del concurso. Este modelo, vigente en algunos supuestos de conexiones entre concursos en Ordenamientos cercanos al nuestro (v., art. 147 *l.fall.*), choca con el presupuesto objetivo del concurso que contempla la Ley Concursal española (la insolvencia). Una crítica del modelo de extensión en el caso de los grupos puede encontrarse en HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», *cit.*, p. 444. En el caso de los grupos, el concurso de una sociedad del grupo determinaría la extensión del concurso al resto de las sociedades del mismo, con independencia de que estas fuesen insolventes o no (*ein Einheitskonkursverfahren für den ganzen Konzern*). Por eso, se ha llegado a afirmar que la implantación de este modelo tendría desastrosas consecuencias económicas (porque debido a la insolvencia de una pequeña sociedad del grupo podría iniciarse el concurso de grandes sociedades solventes y prósperas). En última instancia, esto haría que dejaran de constituirse grupos, ya que la principal ventaja de un grupo es la segmentación de responsabilidad y la posibilidad de aprovechamiento conjunto y simultáneo de los diversos poderes o fuerzas económicas de sus miembros. Analiza también en profundidad el modelo de extensión SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Madrid [Civitas], 2009, pp. 75 a 176.

Llegados a este punto, debemos realizar una —importantísima— puntualización: el tratamiento de los concursos conexos (en la modalidad que sea) no equivale, aunque pueda tener elementos de semejanza en algunos casos (por ejemplo, en el caso de la consolidación sustantiva), a la responsabilidad de un sujeto por las deudas de otro. Esta precisión resulta especialmente importante en el caso de los grupos, materia en la cual, con carácter general, cuando se mencionan las palabras clave «insolvencia» y «grupos», el análisis se centra, como si de un reflejo «pavloviano» se tratase, en buscar técnicas de ampliación de la responsabilidad patrimonial en el seno del grupo para proteger a los acreedores, presupuesta la existencia de un abuso de las formas societarias o, al menos, de un perjuicio para estos derivado de la adopción de una política de grupo por parte de la matriz o el socio mayoritario¹²². Sin embargo, el Derecho concursal, en materia de concursos conexos, no solo ha de consistir en fundamentar las eventuales acciones para hacer responsable de las deudas de un sujeto a otro sujeto con el cual el primero

¹²² En palabras de VATTERMOLI, se pretende reequilibrar la posición jurídica de los acreedores y de los socios externos eventualmente dañada por la política del grupo. V. VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», *ADCo*, núm. 24 (2011), p. 21. Lo que ocurre es que, como apunta EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., p. 33, la figura del grupo es vista como una estructura empresarial de peligro, cuando menos potencial, para las sociedades (dominadas) que lo componen y, especialmente, para sus acreedores. La responsabilidad en el grupo es una cuestión muy amplia que ha sido convenientemente abordada en la doctrina. Destaca el trabajo de GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Barcelona [Marcial Pons], 2002, *pássim*, donde describe la doble perspectiva de la responsabilidad en el grupo (y no «del grupo», como bien puntualiza, dado que el grupo carece de personalidad jurídica y, por tanto, de responsabilidad, que, como es sabido, está vinculada a un sujeto que la asume). Existe en el grupo, por un lado, la responsabilidad de la sociedad dominante como consecuencia de haber asumido el poder de dirección del grupo (responsabilidad *ad extra*). Por otro lado, está la responsabilidad del órgano de administración de la sociedad dominante que, como consecuencia de la ampliación de sus funciones, ejerce el mencionado poder (responsabilidad *ad intra* y orgánica, frente a los socios y a las sociedades del grupo). Esta dualidad también se manifiesta en cuanto a los sujetos responsables (la matriz para la responsabilidad *ad extra*, y los miembros del órgano de dirección del grupo *ad intra*), en cuanto a los sujetos frente a los que se es responsable y en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad (la responsabilidad *ad extra* puede, según los casos, merecer el calificativo de contractual o extracontractual; la responsabilidad *ad intra* es orgánica). En el mismo sentido, v. FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, cit., y pp. 231 (para la responsabilidad intragrupo) y pp. 348 y ss. (para la responsabilidad extragrupo); así como VICENT CHULIÁ, F., «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», *RDM*, núm. 280 (2011), p. 23. La Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002 y cuyos ponentes fueron los profesores Fernando Sánchez Calero, Alberto Bercovitz y Ángel Rojo, incluía dos artículos que regulaban la responsabilidad en el seno de los grupos de sociedades. Por un lado, se establecía la responsabilidad subsidiaria de la sociedad dominante cuando, en el momento de contraer la deuda, la sociedad dominada hubiese hecho constar en la documentación o resultare de la publicidad la pertenencia al grupo. En el caso de que la sociedad dominante no tuviera el domicilio en España, las demás sociedades del grupo domiciliadas en territorio español serían subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad dominada (art. 601 PCSM). Por otro lado, se establecía la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante frente a la sociedad dominada, los accionistas y los acreedores de esta, por el daño que causasen por las instrucciones impartidas a los administradores de la sociedad dominada sin compensación adecuada. Los administradores de la sociedad dominada responderían solidariamente, a menos que probasen que el acto causante del daño se realizó siguiendo las instrucciones de los administradores de la dominante. Tal exoneración no podría aplicarse si el acto fuera contrario a la Ley o a los estatutos sociales. Por último, se establecía la responsabilidad solidaria de la propia sociedad dominante en el caso de que los administradores de la sociedad dominante fueran insolventes (art. 602 PCSM).

mantenga un determinado vínculo personal, societario o patrimonial. Especialmente porque la existencia de una conexión patrimonial, personal u organizativa no siempre implica un abuso o una ilicitud¹²³.

Al contrario, debe tratar también de establecer la mejor gestión posible de los concursos conexos¹²⁴. En este sentido, el Derecho debe, en esta materia, integrar tanto elementos que podrían denominarse *estáticos*, como elementos que cabría calificar de *dinámicos*. Entre los primeros se encuentran las cuestiones relativas a la exigencia y realización de eventuales responsabilidades entre los deudores conexos (por ejemplo, en el caso de los grupos, la extensión del concurso, el levantamiento del velo y la responsabilidad de la matriz o de los órganos del resto de sociedades, efectos jurídicos de la dirección de la matriz en caso de insolvencia de la filial, etc.). Estos componentes estáticos responderían pues a la pregunta relativa a las acciones ejercitables de cara a incrementar o expandir la masa concursal con la que satisfacer a los acreedores de cada entidad. Frente a ello, los elementos dinámicos consisten en reglas sobre la configuración y dirección de un concurso con objetivos «holísticos», esto es, atendiendo a los nexos que cada deudor mantiene con otros deudores también en concurso¹²⁵. Dicho de otro modo, la conexión entre concursos es susceptible de justificar alteraciones o excepciones respecto de lo que sería un proceso «ordinario» en aras de lograr una mayor satisfacción del conjunto de los acreedores (y evitar así las pérdidas de valor y las ineficiencias)¹²⁶.

La presente investigación se centra exclusivamente en lo segundo, esto es, en los aspectos dinámicos del tratamiento de los concursos conexos. La acotación del objeto de estudio se justifica por varios motivos. En primer lugar, y de forma primordial, porque no nos consta que exista hasta la fecha un estudio exhaustivo sobre la materia. En segundo lugar,

¹²³ Debe insistirse en esto especialmente en el caso de la confusión de patrimonios y de los grupos de sociedades. Respecto a lo primero, v., supra, capítulo I, apartado 5. Respecto a lo segundo, baste con citar a MIGUENS, H. J., cit., p. 36: «[T]ener el ciento por ciento del paquete accionario de otras sociedades, la coincidencia o identidad de directores y gerentes, la circunvalación del consejo de dirección, la política empresarial unificada determinada por la controlante, etc., todos en conjunto o algunos aislados no implican per se una conducta abusiva o una injusticia radical. Son características asumidas por la economía, permitidas por el derecho». Entre las situaciones de abuso o ilicitud se encuentran las situaciones en las que la sociedad dominada está infracapitalizada y también cuando esta es sumisa o servil (cuando, por ejemplo, opera sin ganancias, no persigue su propio interés social, sino que sigue el interés del grupo o el de la dominante, etc.). Recuérdese que la integración económica, per se y en cuanto tal, es inocua, pero puede no serlo una abusiva integración económica, cuando la atomización, división o departamentalización vertical u horizontal sea tan innecesaria y artificiosa que solo tenga la finalidad de escapar a la responsabilidad gracias a la separación patrimonial entre las sociedades que integran el grupo. Esto está ligado con la posibilidad de inducción a error por parte de las sociedades que integran el grupo a fin de inducir al acreedor a contratar (*misrepresentation*).

¹²⁴ V. EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 457.

¹²⁵ La distinción entre elementos «estáticos» y «dinámicos» la tomamos de KÜBLER, B., «Konzern und Insolvenz. Zur Durchstellung konzernmäßiger Sanierungsziele an den Beispielfällen AEG und Korf», *ZGR*, núm. 3 (1984), p. 561.

¹²⁶ Téngase en cuenta que una de las consecuencias más temidas de la falta de mecanismos adecuados para tratar los concursos conexos es que deje escapar valor. V. UHLENBRUCK, «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 41.

en sentido práctico, la disparidad de los supuestos de conexión entre concursos es tal, que sería una tarea hercúlea —y daría lugar a una investigación enciclopédica— abordar todos y cada uno de los supuestos estáticos de responsabilidad que pueden darse entre los deudores conexos. En tercer lugar, este trabajo pertenece a la disciplina del Derecho concursal, y resultaría caótico y difícilmente sistematizable abordar también los elementos estáticos cuando la mayoría de ellos aparecen regulados en normas extraconcursales.

II. Análisis funcional del tratamiento de los concursos conexos

1. El interés del concurso como eje vertebrador de la adopción de medidas de tratamiento específico de los concursos conexos

El adecuado tratamiento del fenómeno de los concursos conexos conlleva la necesidad de establecer determinadas conexiones entre sujetos formalmente separados. La naturaleza, el alcance y la configuración legal de estas conexiones dependerán de los fines particulares del Derecho concursal, de forma que sean estos fines los que nos permitan determinar qué mecanismos son idóneos y están justificados en el tratamiento de los concursos conexos¹²⁷. La cuestión deviene, si cabe, aún más complicada si tenemos en cuenta que los objetivos del Derecho de la insolvencia varían considerablemente de un Ordenamiento jurídico a otro. Recuérdese aquí la distinción entre los dos grandes modelos que existen: el modelo orientado al mercado (*the market-oriented model*) y modelo orientado a la comunidad (*the community-oriented model*). Bajo el primer modelo, el papel del Derecho concursal es impedir las ejecuciones individuales y conseguir el mayor valor del patrimonio concursal para así lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores (ya sea mediante la continuación de la actividad o mediante la liquidación, dependiendo del caso). En el segundo modelo, sin embargo, se opera un sistema de distribución de pérdidas (*loss-allocation model*) entre las distintas personas afectadas, sean o no acreedores (por ejemplo, se da prioridad a la conservación del empleo, al fomento del sector o de la industria, etc.)¹²⁸. Compárense, a título ejemplificativo, la *InsO* alemana de 1994, cuyo principal objetivo es la satisfacción colectiva de los derechos de los acreedores¹²⁹ y el sistema francés, cuyos objetivos son, en este orden, la continuación de la actividad, la preservación del empleo y el pago a los acreedores¹³⁰. También deben tenerse en cuenta

¹²⁷ La importancia de atender a la finalidad del concurso a la hora de regular el tratamiento de los concursos conexos (concretamente, de los grupos) ha sido señalada también por SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., p. 12.

¹²⁸ V. VIRGÓS, M., «The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View», *Forum Internationale*, núm. 25 (1998), p. 3.

¹²⁹ El § 1 de la *InsO*, que lleva por rúbrica «Ziele des Insolvenzverfahrens», establece que «[d]as Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien».

¹³⁰ Así se establece en el *Code de Commerce* francés (redacción dada por la *Loi du 26 juillet 2005*, y reformada por l' *Ordonnance du 18 décembre 2008* y por el *Décret du 12 février 2009*). El artículo L611-2 (que encabeza

los diversos objetivos establecidos por la Guía Legislativa de la CNUDMI en materia de insolvencia¹³¹.

En el Ordenamiento español, al igual que en el italiano¹³², la finalidad esencial del concurso es lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores¹³³. Sin embargo, no es

el Título I: *De la prévention des difficultés des entreprises*) establece que «[L]orsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des *difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation». El artículo L620-1 (que encabeza el Título II: *De la sauvegarde*) afirma que «Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre *la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*». Finalmente, el artículo L631-1 (que encabeza el Título III: *Du redressement judiciaire*) establece que «[L]a procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre *la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*».

¹³¹ Los objetivos que identifica la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* son los siguientes: (1) Generar seguridad en el mercado a fin de promover la estabilidad y el crecimiento económico; (2) Obtener el máximo valor posible de los bienes para aumentar la cantidad a distribuir entre el colectivo de acreedores; (3) Ponderar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante liquidación respecto a lo que entraña preservar el valor de la empresa mediante una reorganización; (4) Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentran en circunstancias semejantes; (5) Lograr un régimen de insolvencia que ofrezca una solución rápida, eficiente e imparcial de la insolvencia; (6) Preservar la masa de la insolvencia para evitar que el patrimonio del deudor resulte prematuramente desmembrado por acciones individuales de los acreedores encaminadas a realizar sus respectivas deudas; (7) Alcanzar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que proporcione incentivos para reunir y facilitar información; (8) Reconocer los derechos que corresponden a los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de preferencia de los créditos; y (9) Establecer un marco para la insolvencia transfronteriza. De hecho, en la Parte III de la *Guía Legislativa de la CNUDMI*, referida al único supuesto de concursos conexos que esta Comisión ha estudiado, se establece claramente que el propósito de dar un tratamiento específico a los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo es conseguir un mejor y más efectivo resultado para el conjunto de los deudores y de los respectivos acreedores, en particular incentivando la consecución de los objetivos antes citados. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, par. 3. Como señala BELTRÁN, E., «La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2009, p. 458, la satisfacción de los acreedores debe producirse de la manera más eficiente y equitativa posible, y eso explica la mayor parte de los objetivos básicos del concurso que señala la Guía Legislativa.

¹³² Lo mismo ocurre en Italia. V., por todos, NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursali*, cit., p. 51, donde afirman que la finalidad común a todos los procedimientos concursales que hay en Italia, el «sustrato funcional común» es la satisfacción de los acreedores. Los intereses tutelados por la normativa concursal son, en general, constatemente, los de los acreedores.

¹³³ Una reseña de otras posturas doctrinales al respecto puede encontrarse en AZNAR GINER, E., *La resolución del contrato en interés del concurso*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2012, pp. 32 y ss. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1147, entiende por «conveniente para el interés del concurso» que «los acreedores concursales obtengan un grado de satisfacción mayor». La misma autora insiste en esta idea en *La junta general de la sociedad concursada*, Pamplona [Aranzadi], 2012, pp. 117 y 118, en los siguientes términos: «aunque la Ley concursal obliga (a los órganos concursales) a tener en cuenta otros intereses en la tramitación del procedimiento concursal (los del concursado a obtener un remanente, los de los trabajadores, los de la economía), estos intereses están subordinados al interés de los acreedores a obtener la mayor satisfacción posible; solo pueden ser atendidos [...] en la medida en que su satisfacción suponga, al mismo tiempo, una mayor satisfacción de los acreedores; de manera que puede afirmarse sin dificultad que, en su actuación, los órganos concursales deben atender finalmente a los intereses de los acreedores». Sobre el interés del concurso, v., extensamente, TIRADO, I., «Reflexiones

el único: en un plano inferior y subordinado también debe procurarse, cuando sea posible y viable, mantener la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, si la tuviere, así como conservar el valor de la empresa (tanto si la solución del concurso es convenida como si es liquidatoria)¹³⁴. En ocasiones, este segundo objetivo resulta instrumental al primero, ya que no serán raros los casos en los que la manera de lograr la mayor satisfacción de los acreedores pase por mantener la actividad y conservar así el valor de la empresa. También existe una tercera función del Derecho de la insolvencia, que podría denominarse represora o punitiva y que consiste en sancionar las conductas dolosas o gravemente culposas del deudor, sus representantes o administradores, que hubiesen agravado o generado la situación de insolvencia. Esta función está, sin embargo, subordinada a las otras dos, de forma que debe emplearse para aumentar el grado de satisfacción de los acreedores y para favorecer las posibilidades de conservación de la empresa¹³⁵.

Lo idóneo sería que la Ley Concursal explicitase la finalidad a la que obedece el tratamiento especial que cabe dar a los concursos conexos. De esta forma se podría realizar una interpretación (y una aplicación) finalista de los mecanismos allí previstos. Sin embargo, ante el sepulcral silencio de la norma, parece razonable entender que, mediante la posibilidad de otorgar un tratamiento especial a los concursos conexos, lo que se pretende es maximizar el interés de cada uno de ellos. En atención a todo lo anterior, el criterio que aquí se propone emplear a la hora de determinar la necesidad, deseabilidad y manera de modular o derogar el principio de separación es el del «interés del

sobre el concepto de “interés concursal”: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», *ADC*, núm. 62 (2009), pássim. Allí se describe, acertadamente, al Derecho concursal como un Derecho instrumental que persigue una finalidad concreta. Ahora bien, en cuanto a la predeterminación de esa finalidad, el legislador español ha optado por evitar una definición, incluyéndose, en su lugar, un concepto jurídico indeterminado denominado «interés del concurso». El «interés del concurso» es un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico. Puesto que la consecución del «interés concursal» es la finalidad de la Ley Concursal, es especialmente importante que la interpretación de cada precepto se conecte con otros, que, a su vez, responden a la finalidad de solucionar la crisis a través de la tutela del «interés concursal». Por otra parte, la consecución del «interés concursal» no solo debe servir para guiar la interpretación de la ley, sino que debe servir de criterio de actuación de los órganos «funcionales» del concurso (el juez y la administración concursal). Desde un punto de vista interno, a la hora de adoptar una decisión, el razonamiento jurídico del juez o del órgano de administración ha de ser el mismo: ¿la adopción y ejecución de la decisión concreta deja en mejor posición a los intereses incluidos en el «interés concursal» que si no se ejecutase? En caso afirmativo, deberá adoptarse; si la respuesta es negativa, deberá abandonarse y considerarse una actuación alternativa.

¹³⁴ La conservación de la empresa en crisis puede redundar en beneficio no solo de los acreedores, sino también del propio deudor concursado, de los trabajadores y de otros intereses. Recuérdese, en todo caso, que el concurso de acreedores debe servir simultáneamente para expulsar del mercado a las empresas inviables, reasignando unos recursos mal empleados. V., al respecto, BELTRÁN, E., «La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores», cit., pp. 458 y 459.

¹³⁵ Señala la subordinación de esta tercera función BELTRÁN, E., *ibíd.*, p. 459, apuntando que, tal vez por este mismo motivo, la función punitiva del concurso no se recoge entre los objetivos básicos reseñados en la *Guía Legislativa de la CNUDMI*.

concurso»¹³⁶. Téngase en cuenta que no nos referimos al interés conjunto de todos los concursos conexos ya que tal concepto no existe a menos que se consoliden las masas. El respeto al principio de la personalidad jurídica separada nos obliga, pues, a hablar del interés «de cada uno de los concursos», ya que los deudores, pese a las conexiones que puedan mediar entre ellos, siguen siendo jurídicamente independientes, del mismo modo que lo son los respectivos procedimientos de insolvencia.

Argumentar el tratamiento de los concursos conexos en torno al interés del concurso tiene varias ventajas. En primer lugar, se trata de un concepto de textura abierta y naturaleza indefinida, lo cual proporciona cierta flexibilidad. En segundo lugar, no solo nos permitirá determinar la utilidad en abstracto de una determinada medida (como el nombramiento de una administración concursal común o la concentración de las competencias judiciales), sino que también servirá de guía en cada caso concreto para determinar la conveniencia o inconveniencia de implantarla (puede ocurrir, como veremos, que la aplicación de una determinada medida, aun siendo por lo general beneficiosa para el interés del concurso, tenga efectos contrarios en un caso concreto debido a cualesquiera circunstancias). De esta forma, dotamos de contenido sustantivo a un tratamiento eminentemente procesal¹³⁷.

¹³⁶ En apoyo de la tesis que aquí se defiende parece manifestarse LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 258, quien afirma que tanto acumulación inicial como posterior tienen una finalidad esencialmente procesal, pero también tienen una funcionalidad sustantiva: «[p]orque no basta que exista un grupo para que resulte aconsejable que se acumulen los concursos de sus miembros, sino que es necesario que la acumulación reporte alguna ventaja que beneficie a los dos grandes protagonistas del concurso: los acreedores o el concursado. Los acreedores se pueden ver beneficiados con el acrecentamiento de la masa o el desenmascaramiento de los responsables de la insolvencia, que resultarán del ejercicio de acciones de reintegración en el ámbito del grupo, o de las acciones de responsabilidad concursal de afectados y cómplices de la insolvencia. La concursada, por su parte, se puede beneficiar de la acumulación si esta se convierte en un vehículo que facilite la actividad empresarial del grupo pese al concurso de algunos de sus miembros; o si posibilita la salida de la insolvencia por convenio y/o liquidación coordinada de las sociedades del grupo en concurso, mediante un tratamiento unitario de empresa o de sus unidades productivas, bien para mantener su actividad, bien para su realización». Esto no es incompatible con la afirmación, que por parte de la más autorizada doctrina en la materia se ha realizado, de que la verdadera cuestión que subyace al tratamiento de los concursos conexos se basa en la eficiencia. V. PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 821. Como decimos, ambas posturas no son incompatibles; al contrario, se complementan: piénsese que la eficiencia se refiere a la consecución de los fines del concurso. De hecho, el propio PAULUS define «efficiency» como «asset maximization by preserving the debtor companies to the utmost while obtaining the best possible satisfaction of the creditors».

¹³⁷ No debe sorprender que buena parte de este trabajo pivote —si bien no exclusivamente— en torno al Derecho procesal. Ya el profesor RUBIO ponía de manifiesto la estrecha relación que existe entre el Derecho de quiebras y el Derecho procesal, sugiriendo incluso la separación del primero del Derecho mercantil: «Si, a pesar de la unidad última del derecho objetivo y de la relación entre derecho subjetivo y acción —o, si se quiere, pretensión judicial— la distinta consideración fenomenológica ha separado Derecho civil material y procesal y si la división del trabajo científico ha bifurcado sus estudiosos, no hallo razón que justifique seguir conservando adherido al derecho mercantil el derecho de quiebras. Derecho de un proceso de ejecución general y como tal, parcela cuyo estudio corresponde legítimamente a los procesalistas, quienes decidirán —que este es problema suyo— si deben acometerlo conjunta o separadamente con el de ejecución particular. Derecho, además, como todo procesal, preferentemente público, frente al llamado comercial, esencialmente privado. La separación legislativa doctrinal y didáctica del derecho de quiebra, está doblemente exigida por la unidad conceptual del derecho privado y por la

La forma en que cada uno de los modelos propuestos coadyuva a la consecución de los fines del concurso se abordará conforme se vayan analizando cada uno de ellos y las medidas que los integran.

2. La eventual colisión entre los intereses de los distintos concursos conexos

Como puede imaginarse, no plantean problema alguno aquellas situaciones en las que los intereses de los diversos concursos conexos convergen, esto es, cuando la adopción de una determinada medida redundaría tanto en beneficio del interés de uno como del interés de los demás. El problema se plantea cuando los intereses de los concursos conexos divergen o colisionan, de forma que la adopción de una determinada medida beneficia a uno de los concursos en detrimento de otro u otros. Para solucionar el problema de la colisión entre los intereses de los concursos conexos pueden emplearse dos criterios. En ambos casos se trata de criterios de análisis coste-beneficio que comparan el conjunto de los beneficios con el conjunto de los costes o perjuicios que va a acarrear una determinada medida.

En primer lugar, puede usarse el criterio de eficiencia de Pareto, conforme al cual un resultado es eficiente si al menos un sujeto mejora y ninguno empeora su posición¹³⁸. De esta forma, solo podrían implantarse aquellas medidas que redundan en el interés de alguno de los concursos pero no perjudican a ninguno de ellos. Esta solución es, sin duda, la más aséptica y segura, y generaría una menor conflictividad o litigiosidad en torno al tratamiento de los concursos conexos. Sin embargo, la adopción del criterio de Pareto puede implicar, de facto, el bloqueo de la adopción de medidas de tratamiento de los concursos conexos y el desuso y abandono de las mismas, habida cuenta de que raros serán los casos donde, en mayor o menor medida, no tengan ningún impacto negativo en el interés de alguno de los procedimientos. Además, también puede pensarse en conductas obstruccionistas por parte de algunos acreedores, que clamen verse

unidad conceptual del proceso». V. RUBIO, J., *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid [Consejo Superior de Investigaciones Científicas], 1950, pp. 20 y 21. También GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., afirma en p. 173 que «[s]e ha de reconocer, no obstante, en descargo del legislador, que nos encontramos ante una materia muy compleja en la que se mezclan los problemas procesales con los sustantivos y que aparece singularmente condicionada por el casuismo». La dualidad material y procesal del concurso, especialmente en los concursos conexos, también la apuntan SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., p. 11.

¹³⁸ A favor de esta opción se manifiesta EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», *ZHR*, núm. 169 (2005), p. 535. Continúa el citado autor afirmando que, trasladado a la situación de insolvencia, significa, en particular, que la masa de responsabilidad en los procedimientos relativos a los deudores individualmente considerados (y, por tanto, la cuota para sus acreedores) no puede, en ningún caso, reducirse, y tiene que incrementarse, al menos, para uno de ellos. En España, se hace eco de lo anterior GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», *ADCo*, núm. 20 (2010), p. 138. También, MEVORACH, que afirma que «so long as preservation and maximization of the assets of the group as a whole does not result in harm to particular entities [...] procedural consolidation as an Enterprise law tool does not pose problems to entity law». V. MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 166.

perjudicados cuando en realidad no sea así. Aunque en las páginas que siguen se analizan los posibles inconvenientes de cada modelo de tratamiento de los concursos conexos (y de cada medida concreta que lo integra), valga como ejemplo el efecto que la concentración de competencias judiciales —consecuencia automática y esencial de la acumulación de concursos— puede tener sobre los intereses de los concursos: el alejamiento del foro para algunos grupos de acreedores puede significar para estos mayores gastos (de postulación, representación, comunicaciones, etc.).

Por todo lo anterior, parece más apropiado emplear un criterio más abierto, como el de Kaldor-Hicks. Conforme a este segundo criterio, un resultado es eficiente si el beneficio que obtienen algunas personas compensa en teoría el perjuicio que sufren otras. La adopción de este criterio permite implantar con mayor facilidad —y, por lo tanto, con mayor frecuencia— medidas de tratamiento específico de los concursos conexos, al ser menos estricto que el criterio de Pareto¹³⁹. Sin embargo, la aplicación de este segundo criterio no está exenta de problemas; el mayor de ellos será el de la mensurabilidad de los beneficios y de los perjuicios que las medidas implican para los acreedores. Aunque siempre será —en principio— imaginable una forma de medir estos beneficios o perjuicios (por ejemplo, para los acreedores a los que les cambian el foro originario, los perjuicios pueden ser los gastos de desplazamiento, de comunicaciones, etc.), ello implica establecer criterios y estimaciones (porque no es posible, por ejemplo, saber *ex ante* cuánto tiempo va a ahorrarse la administración concursal común en el desempeño de sus funciones). En esta cuestión no parece que quepan análisis matemáticamente perfectos. La decisión de brindar un tratamiento específico a varios concursos conexos cuando se atisben conflictos entre los intereses de los mismos debe sopesarse en atención a las concretas circunstancias del caso: por ejemplo, el número de deudores conexos (si es muy elevado, la implantación de ciertas medidas puede no ser beneficiosa e incluso ser perjudicial), la distribución cuantitativa y geográfica del pasivo de los deudores conexos, etc. Al final, la adopción o no de una determinada medida descansará sobre juicios hipotéticos y, en buena parte, subjetivos. De ahí que se insista, en las páginas que siguen, en la importancia de determinar correctamente a los legitimados para adoptar tales medidas.

III. El tratamiento de los concursos conexos

1. Pautas generales

Pueden aislarse una serie de recomendaciones a la hora de regular las conexiones entre concursos. A pesar de que la Ley Concursal española cumple estas pautas de manera bastante satisfactoria —aunque sin duda mejorable—, conviene dejar constancia de las mismas.

¹³⁹ Todo lo que supera el criterio de Pareto, supera el de Kaldor-Hicks, pero no todo lo que supera el criterio de Kaldor-Hicks, supera el de Pareto.

En primer lugar, la regulación de los concursos conexos debe intentar incorporarse a la normativa concursal de la forma menos invasiva posible, esto es, evitando ofender en exceso la configuración ya existente en la normativa general¹⁴⁰. Es necesario que el tratamiento de los concursos conexos pueda convivir pacíficamente con el resto de principios y normas del Ordenamiento¹⁴¹. Una forma de lograrlo es mediante el empleo de mecanismos flexibles que puedan acomodarse a las necesidades de cada caso concreto. Estos mecanismos deberían construirse de modo funcional, buscando aquellos que sean menos agresivos y amenazadores frente a la distinta e independiente personalidad de cada deudor conexo. Los mecanismos más intervencionistas (que impliquen la derogación del principio de separación, i. e., la consolidación patrimonial) deben demandar una exhaustiva inspección de las circunstancias del caso y ser aplicados únicamente de forma excepcional. Téngase en cuenta que el tratamiento específico previsto para los concursos conexos implica alteraciones respecto del régimen general de los concursos aislados y, precisamente por ello, es susceptible de generar una fuerte inseguridad jurídica.

En segundo lugar, deben emplearse criterios claros y objetivos. Se trata de que el empleo de los mecanismos de tratamiento de los concursos conexos sea consistente y predecible. Los preceptos generales que conceden una gran discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales pueden dar lugar a diferencias en su interpretación si no se acompañan de criterios que guíen en su aplicación. Esto es especialmente problemático respecto a los mecanismos más intervencionistas y radicales (como la consolidación de las masas). Por eso, cualquier herramienta que el legislador dispone para el tratamiento de los concursos conexos debería ir siempre acompañada por el establecimiento de criterios o pautas que ayuden a determinar su conveniencia, para promover así certeza y claridad en las decisiones judiciales.

En tercer y último lugar, el tratamiento de los concursos conexos debe guiarse por la flexibilidad en su elección e implantación. La importancia de la flexibilidad deriva principalmente del hecho de que la materia de los concursos conexos es altamente casuística y no pueden, por consiguiente, arbitrarse soluciones únicas e inalterables para todos los supuestos que pueden darse en la práctica. La fenomenología de los concursos conexos es tal, que su tratamiento debe poder adaptarse a todas las circunstancias. Por ejemplo, no procederá el mismo tratamiento para los concursos de dos sociedades que, aun perteneciendo al mismo grupo, carecen de otros vínculos organizativos o económicos, que para los concursos de dos sociedades que formen parte de un grupo

¹⁴⁰ Así HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 445. Para este autor, que investiga acerca de la eventual regulación de los grupos en la *InsO*, no haría falta un título propio en la norma para regular la cuestión.

¹⁴¹ Deberían por lo tanto evitarse medidas que puedan considerarse como demasiado extremas: «the idea is to “proceed with caution” and ascertain when linking mechanisms need to be applied, while at the same time limiting their capacity of scope». V. MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», *EBOR*, núm. 8 (2007), p. 183.

fuertemente integrado y que desarrollen actividades complementarias¹⁴². De igual forma, la adopción de determinadas medidas de coordinación puede ser inviable o contraproducente en función del caso concreto en el cual pretendan implantarse: el nombramiento de una administración concursal común puede, en general, resultar beneficioso. Ahora bien, si el número de deudores es muy elevado, la carga de trabajo para el órgano puede ser excesiva y, en consecuencia, bloquear el funcionamiento del mismo (v., infra, capítulo VI, I.2.2.1). Por eso es crucial que, en cada caso, pueda optarse por implantar una medida, sin que la misma venga impuesta por el Ordenamiento. La tensión, como puede imaginarse, deriva de la doble exigencia de flexibilidad y de seguridad: cuanto más flexible sea la implantación de una determinada medida, menos seguridad transmitirá a los agentes afectados, puesto que tendrán mayores dificultades para anticipar la misma¹⁴³.

2. La derogación del principio de separación: el modelo de consolidación de las masas

El modelo más radical de tratamiento de los concursos conexos se basa en la completa derogación del principio de separación y consiste en la unificación o consolidación de las masas de los deudores conexos. Hablamos en este caso de una unificación sustantiva o material de los diversos patrimonios, por contraposición a una unificación formal (que mantendría los diversos patrimonios aislados)¹⁴⁴.

Esta alternativa, que puede parecer una aberración en ciertos Ordenamientos jurídicos, es una opción válida —e, incluso, común— en algunos países del Common Law, especialmente en los Estados Unidos. Sin embargo, como se detallará más adelante (v., infra, Tercera Parte), la total derogación del principio de separación conlleva una serie de efectos drásticos que no pueden obviarse y que desaconsejan, en principio al menos, el recurso a la misma.

La completa derogación del principio de separación implica la ruptura de la correspondencia entre un concurso y un patrimonio (entendido el proceso concursal como relativo a un único patrimonio), y permite que el primero pueda referirse a los patrimonios de varias personas. Ahora bien, el hecho de que un único concurso aglutine diversos patrimonios dinamita el principio de responsabilidad personal, separada y

¹⁴² Insiste en este punto la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 4.

¹⁴³ Por ejemplo, la propia acumulación de dos o más concursos está configurada como una mera facultad (pueden tanto acumularse los concursos como no hacerlo, en función de la conveniencia que la medida pueda tener respecto al interés de los mismos). El problema es que, en muchos casos, la acumulación de concursos implica una alteración de la competencia judicial territorial, esto es, una modificación del foro previsible para los acreedores y demás interesados y un incremento de la inseguridad jurídica.

¹⁴⁴ Es PAULUS quien distingue estos dos tipos de unión (*Formelle Zusammenfassung* y *Materielle Zusammenfassung*). PAULUS, C., «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 1951.

limitada¹⁴⁵, porque en ese concurso único deberán fundirse todos los patrimonios para crear uno solo, que vendría a ser el resultado de la suma consolidada de los mismos.

Los efectos de esta consolidación son de una entidad considerable. Sin perjuicio del análisis que más adelante se hará¹⁴⁶, señalaremos ahora los principales. En primer lugar, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, la limitación de responsabilidad genera valor¹⁴⁷. Es uno de los institutos jurídicos que se ponen a disposición de los operadores económicos para que movilicen capital y sirvan de impulso o incentivo a la actividad empresarial. La limitación y la separación de las responsabilidades sirven de apoyo a los agentes propensos al riesgo (entendido este riesgo como requisito indispensable para la realización de cualquier inversión o negocio). Sin separación ni limitación de responsabilidad no puede llevarse a cabo un análisis de riesgo fundado, ni por parte de los inversores nacionales ni por los extranjeros (ambos potenciales acreedores en caso de insolvencia). Por otro lado, los modernos procesos de calificación de deuda (*rating*) que diagnostican riesgos y clasifican las diversas inversiones se basan sobre todo en la limitación y separación de las responsabilidades. El mercado de capitales oferta una amplia gama de posibilidades de inversión con diversos niveles de riesgo, de forma que a cada riesgo de inversión le corresponde un precio para ser financiable. Dichos parámetros se fijan *ex ante* (*pricing*) y, en principio, individualmente, para cada uno de los sujetos. En otras palabras, no se define el riesgo del conjunto (p. ej., de un grupo)¹⁴⁸. Así, se establecen diversos niveles de riesgo, ante los cuales los distintos acreedores reaccionarán en función de su preferencia al riesgo (y también de sus respectivas expectativas de rendimiento). Cada acreedor debe configurar su cartera conforme a la estructura de riesgo que desee y con los deudores que le interesen, puesto que el perfil de riesgo de cada uno de ellos es diferente. La derogación del principio de separación proporcionaría

¹⁴⁵ El respeto a este principio es lo que guía las resoluciones en materia de insolvencia de grupos en Reino Unido, desde la decisión en el famoso caso *Salomon v. Salomon* [1897] AC 22, que declaró la imposibilidad, para los acreedores de una sociedad insolvente, de reclamar a los socios de esta el pago de los créditos pendientes (en otras palabras, vino a consagrar la personalidad y responsabilidad separada de la sociedad respecto de los socios). Al respecto v. PRENTICE, D., «Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom», *Conn. J. Int'l L.*, núm. 13 (1998-1999), pp. 315 y ss.

¹⁴⁶ V., *infra*, Tercera Parte.

¹⁴⁷ V. SESTER, P., «Plädoyer gegen ein materielles Konzerninsolvenzrecht», *ZIP*, núm. 47 (2005), pp. 2099 a 2101. Sobre la eficiencia de la responsabilidad limitada, v., especialmente, EASTERBROOK, F. H., y FISCHER, D. R., *The economic structure of corporate law*, Cambridge y Londres [Harvard University Press], 1996, pp. 40 y ss., y, de los mismos autores, «Limited liability and the corporation», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 52 (1985), pp. 89 y ss. En España, v. PAZ-ARES, C., «La infracapitalización. Una aproximación contractual», *RdS*, núm. extr. (1994), pp. 253 y ss. y, también, CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Madrid [Civitas], 2000, pp. 178 y ss.

¹⁴⁸ Es cierto que pueden existir excepciones. Por ejemplo, aquellos casos en los que la sociedad cotizada sea la matriz, de forma que lleve implícito el riesgo conjunto de todo el grupo. También puede suceder que, por la forma de actuar de las sociedades del grupo en el mercado, los inversores puedan forjarse expectativas erróneas en cuanto al riesgo (de forma que entiendan que este se refiere el grupo en su conjunto y no solo la concreta sociedad en la cual estén invirtiendo).

falsos incentivos a los acreedores a la hora de analizar el riesgo sobre los potenciales deudores.

En segundo lugar, es importante que los interesados puedan confiar en el cortafuegos o muro de responsabilidad entre los deudores conexos, también en caso de insolvencia y especialmente en el caso de los grupos. Las consecuencias de que este muro se pudiese derrumbar en aras de una «contemplación económica» de la realidad serían terribles, ya que generaría inseguridad y recelo entre los acreedores. De hecho, el «riesgo de consolidación» se tendría en cuenta en los procesos de *rating*, y podría hacer que, por ejemplo, sólidas sociedades integradas en un grupo no tan sólido viesan encarecerse su acceso al crédito.

En tercer lugar, dinamitando la limitación de responsabilidad y relativizando la personalidad jurídica no solo se atenta contra la seguridad jurídica, sino que supone también una injerencia en la autonomía privada a la hora de contratar, porque se sustrae la base del negocio.

Todo lo anterior justifica que la total derogación del principio de separación quede reservada a casos excepcionales, caracterizados principalmente por el abuso de las formas jurídicas o la confusión de patrimonios. Ahora bien, la existencia de estos casos no implica que el instituto de la responsabilidad personal separada y limitada esté enfermo o sea defectuoso, sino que hay casos de enfermos a los cuales deberá dispensárseles un tratamiento específico.

Por todo lo expuesto, no parece jurídicamente factible implementar un tratamiento de los concursos conexos basado en una máxima que rece «varios deudores, un único procedimiento, una única masa»¹⁴⁹. Sin embargo, resulta procedente el estudio de este modelo por dos razones: en primer lugar, porque es una modalidad de tratamiento de algunos concursos conexos bastante extendido (por ejemplo, en EEUU) y del cual se hace eco la CNUDMI en sus recomendaciones. En segundo lugar porque, tras la reforma de la Ley 38/2011, el Ordenamiento español parece haberse abierto a esta posibilidad¹⁵⁰.

3. La modulación del principio de separación: la coordinación de los procedimientos

La modulación o relativización del principio de separación es una opción menos radical que la total derogación del mismo, aunque también implica romper, en mayor o menor grado, con el tratamiento de los concursos conexos basado en un sistema de compartimentos estancos. Consiste en arbitrar mecanismos que permitan a los agentes implicados en la insolvencia (jueces, administradores concursales, acreedores, deudores,

¹⁴⁹ Así lo ha descrito la doctrina alemana en relación con los grupos: «un grupo, un único deudor en concurso, una única masa» (*ein Konzern, ein Gemeinschuldner, eine Masse*). V. SCHMIDT, K., *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen (Befunde, Kritik, Perspektiven)*, cit., p. 221. Lo retoman BRAUN, E., y UHLENBRUCK, W., *Unternehmensinsolvenz*, Düsseldorf [IDW], 1997, p. 92.

¹⁵⁰ V., *infra*, Tercera Parte.

etc.) no estar obligados a atender exclusivamente a cada una de las piezas del rompecabezas, sino que puedan dirigir la mirada sobre la imagen global. Sin embargo, este modelo no atenta contra el principio fundamental de la autonomía formal y funcional de los diversos patrimonios de los deudores conexos (esto es, la separación legal a efectos de personalidad y responsabilidad)¹⁵¹. Por las razones antes someramente expuestas (en cuanto a los inconvenientes de la derogación del principio de separación), el tratamiento más adecuado, con carácter general, para los concursos conexos parte de una aproximación esencialmente coordinativa¹⁵².

El problema esencial del tratamiento de los concursos conexos mediante la modulación del principio de separación es que, en cierto modo, se asemeja a intentar descubrir la «cuadratura del círculo»: se pretende unir o conectar de alguna manera varios procedimientos, pero manteniéndolos a la vez independientes y preservando la autonomía de cada deudor y de cada concurso¹⁵³.

La modulación o atenuación de la estricta vigencia del principio de separación se logra mediante la coordinación procedimental de los diversos concursos conexos. Existen diversas vías para coordinar en la práctica los diversos procedimientos de insolvencia que se abran sobre los patrimonios de cada uno de los deudores conexos. Pueden implantarse varias o solo algunas de ellas. Dependiendo del tipo de coordinación que se escoja, la modulación del principio de separación será más o menos intensa.

A grandes rasgos, pueden identificarse tres grandes tipos de medidas de coordinación. En primer lugar, están las medidas coordinativas a nivel institucional o personal, cuyo aspecto central es la concentración de competencias, tanto a nivel del órgano jurisdiccional (v., *infra*, Segunda Parte, capítulo V), como a nivel del órgano gestor del

¹⁵¹ Debido a esto, MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», cit., p. 189 afirma que se trata de una herramienta relativamente «menor» en el tratamiento de los concursos conexos.

¹⁵² Así lo reconoce también, ante la nueva regulación de los concursos conexos introducida por la Ley 38/2011, PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 449. Sin embargo, añada —con razón, como veremos— que el hecho de que el enfoque adoptado sea esencialmente procesal no obsta a que, en ocasiones, también se derive un contenido sustancial o material.

¹⁵³ Describe esta tensión o pugna MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», cit., p. 183: «There is thus a sort of “battle” between the desire to find ways of connecting between the components of a corporate group and in certain cases even dismantling the walls or “piercing the veil” (all for the purpose of benefiting the insolvency process and promoting the reliability of the insolvency system), on the one hand, and the obvious demands on behalf of traditional corporate theory that the integrity and distinctiveness of the corporate form will be respected, on the other. Hence we are required to “square the circle” and strike a balance between the need for a compatible approach and the promotion of commercial enterprise». También se refieren a ella VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid [Civitas], 2003, p. 54, donde hablan de los dos riesgos que existen en el tratamiento de los grupos de sociedades: el riesgo de fragmentación (tratar segmentadamente la reorganización de una empresa policorporativa, formada por varias sociedades jurídicamente independientes pero sujetas a una dirección económica unificada puede resultar ineficiente) y el riesgo de sobrecentralización (consolidar empresas diferentes porque tengan estructuras corporativas ligadas por relaciones de propiedad o control accionarial contradice los principios de diversificación de riesgos y de separación de patrimonios).

concurso (v., infra, Segunda Parte, capítulo VI)¹⁵⁴. En segundo lugar, pueden identificarse medidas de coordinación estrictamente procedimentales en relación con diversos trámites pero sin que esta pueda omitir la independencia y autonomía de cada concurso (v., infra, Segunda Parte, capítulos VII y X). En tercer lugar, la coordinación también debe estar presente en la fase solutoria de los concursos (v., infra, Segunda Parte, capítulos VIII y IX). Como se verá, esto último resulta especialmente trascendente en los casos de los grupos cuando la solución del concurso implique una reorganización, dado que habrá que determinar si la misma debe atender al grupo o a sus miembros individualmente considerados. Se habla en el primer caso de una reorganización «que trascienda las formas jurídicas»¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Ciertamente es que la doctrina discrepa en cuanto a cuál es el nivel que debe primar. Por ejemplo, HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 444 considera que el problema central es la divergencia de jueces territorialmente competentes en caso de apertura de concursos conexos. Otros autores estiman preferible ampliar el ámbito de la coordinación al órgano gestor del concurso. Por ejemplo, VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 23.

¹⁵⁵ En estrecha relación con esto se encuentra la necesidad de determinar medidas para asegurar, mientras se sustancian los diversos procesos de insolvencia de los miembros del grupo, que la estructura del grupo y las correspondientes relaciones intragrupo se mantienen y se conservan hasta que conste la imposibilidad de una reorganización del grupo en su conjunto. Piénsese que los asesores o consultores de las diversas sociedades involucradas habrán empleado abundantes recursos (tiempo, dinero y pericia, por citar algunos) en crear la estructura y desglose del grupo. En efecto, la creación de un grupo no es (en la mayoría de las ocasiones) algo espontáneo que suceda sin más por capricho del destino, sino que ocurre tras penosas y costosas consideraciones, ante exigencias del mercado o por necesidades empresariales, en aras de una optimización fiscal, etc. Al confrontar esta realidad (y lo que lleva detrás) con el procedimiento concursal, es obvio que hay que ser razonable y diseñar medidas que lo tengan en cuenta. Ello pasa por acortar en la medida de lo posible la duración del procedimiento, ya que el transcurso del tiempo no solo hace que se acumulen gastos (créditos derivados del propio procedimiento concursal o de mantenimiento de la empresa viva o en coma), sino que también amenaza seriamente las posibilidades de salvamento de la misma. V. GRAEBER, T., «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 267 y EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 469. De igual forma, han de idearse mecanismos para neutralizar las «tendencias centrífugas» que pueden darse en el seno de un grupo durante su proceso de reorganización (cuando la solución sea un convenio) y que son susceptibles de hacer que la unidad del grupo quede destruida de forma descontrolada. V. UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht als Problem der Insolvenzrechtreform», cit., p. 426.

Téngase en cuenta, sin embargo, que esta reorganización del conjunto no implica necesariamente medidas homogéneas para todos los deudores. Al contrario, pueden proponerse soluciones «asimétricas» (por ejemplo, la liquidación de una de las sociedades del grupo con la expectativa de que la misma genere un sobrante con el que afrontar los pagos de alguno de los convenios). V. FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», en González Navarro (coord.): *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras*, Valladolid [Lex Nova], 2009, p. 125.

SEGUNDA PARTE: LA COORDINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

CONSIDERACIONES GENERALES

Como contraposición al modelo de consolidación de masas (que será abordado en la Tercera Parte de este trabajo), existe la posibilidad de coordinar los procedimientos concursales conexos, partiendo de la mera modulación del principio de separación. Dicho principio, sin embargo, permanece en vigor: formalmente, no existirá una unidad en el concurso de varios deudores conexos, sino una multiplicidad de concursos individuales cuya tramitación deberá coordinarse. Esta coordinación ha de servir, como se ha visto, al interés de cada uno de los concursos: la utilidad de los mecanismos de coordinación reside en la maximización de la masa concursal disponible de cada deudor y la consiguiente mayor satisfacción de los créditos de los respectivos acreedores¹⁵⁶, lo cual se consigue, principalmente, por dos vías distintas.

Por un lado, la coordinación permite *optimizar las decisiones sobre el empleo de recursos* (sinergias positivas derivadas de la coordinación). Esta optimización presupone la adopción de una perspectiva global sobre el conjunto de los deudores insolventes, en lugar de microestrategias aisladas sobre cada deudor, lo cual será especialmente relevante en la fase solutoria de los concursos, aunque no solo. También permite resolver de forma unitaria las cuestiones que eventualmente podrían tener un tratamiento separado y, por ello, contradictorio o desacompañado¹⁵⁷.

Por otro, *los costes directos e indirectos del concurso pueden mantenerse más bajos* que cuando la tramitación está descoordinada. Esta reducción de costes deriva principalmente de la concentración de competencias en determinadas personas o instituciones, aunque también pueden obtenerse ventajas gracias al aprovechamiento de economías de escala (por ejemplo, en materias administrativas: contabilidad, asuntos informáticos, asesoría

¹⁵⁶ La coordinación como vía para optimizar la satisfacción de los acreedores ha sido señalada significativamente en el caso de la armonización de los procedimientos principal y secundarios en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, v. EHRICKE, U., «Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», *ZWB*, núm. 59 (2005), p. 399.

¹⁵⁷ Por ejemplo, RIFÁ SOLER, J. M.^a, «Comentario al artículo 25», en Fernández-Ballesteros (coord.): *Derecho concursal práctico*, Madrid [La Ley], 2004, p. 151, afirma que con la coordinación procedimental se pretende (i) la coincidencia de la declaración de concurso entre sujetos relacionados entre sí, de modo que lo que se resuelva en un procedimiento pueda afectar al buen fin del otro; y (ii) ordenar de modo más preciso los pagos a los acreedores. Asimismo, RODRÍGUEZ MERINO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 554, defiende que la acumulación de concursos pretende evitar el riesgo de resoluciones contradictorias o, al menos, inarmónicas. Como ya se ha advertido, la acumulación no impide que los diversos concursos sigan cauces autónomos e independientes. Ahora bien, la interrelación entre los patrimonios y los vínculos societarios o contractuales entre los diversos deudores pueden hacer que en cada concurso, o en los incidentes concursales a él asociados, se dicten resoluciones antagónicas en mayor o en menor medida. Póngase por caso que las sociedades A y B, pertenecientes al mismo grupo, celebraron en los dos años anteriores a sus respectivas declaraciones de concurso (y por lo tanto dentro del plazo de la rescisión concursal, art. 71 LC) un contrato de compraventa en cuya virtud la primera transmitía a la segunda, a cambio de un precio, un local de su propiedad. En la hipótesis de que los concursos se tramitasen ante jueces distintos, podría suceder que las respectivas administraciones concursales de A y de B instasen, cada una ante el juzgado correspondiente, la rescisión de tal contrato. Se abrirían entonces dos incidentes con múltiples elementos de conexión (en este caso, el contrato objeto de rescisión y las partes demandadas, A y B). Así las cosas, existiría un riesgo de que las sentencias resolutorias de ambos incidentes fuesen contradictorias, si uno de los jueces estimase la rescisión y el otro la desestimase.

jurídica, etc.). Se persigue la consecución de la economía procesal, tanto en términos de gastos como en términos de tiempo¹⁵⁸.

¹⁵⁸ V. MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 160 considera la coordinación como «a matter of convenience and cost saving». Asimismo, EHRICKE, U., «Die neue Europäische Insolvenzverordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen», *EWS*, núm. 13 (2002), p. 102. Por su parte, TAYLOR, S., «Practical Difficulties in Handling Group Insolvencies», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, p. 251, habla de «maximizar la eficiencia del procedimiento».

En España, LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 258, afirma que «[e]n el plano operativo, la acumulación persigue facilitar al procedimiento concursal la información sobre las relaciones intragrupo que se hayan podido producir y su posible repercusión en la insolvencia; la situación económico-financiera de las concursadas en conjunto y la viabilidad empresarial del grupo, como elementos que ha de considerar la administración concursal al emitir su informe». Por su parte, PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 455, señala que los objetivos son un importante ahorro de costes temporales y las posibilidades de comunicación entre los concursos. V., también, comentando la propuesta de la CNUDMI, SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., pp. 9 a 45.

CAPÍTULO III. LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS

Las posibilidades de coordinación dependen de la configuración del proceso concursal que se establezca en cada Ordenamiento¹⁵⁹. En el español, giran básicamente en torno al concepto de «acumulación». Por un lado, existe la posibilidad de que varios concursos conexos sean declarados conjuntamente (art. 25 LC, antiguo art. 3.5 LC). Por otro lado, puede ser que, una vez declarados por separado dichos concursos, se acumulen a posteriori (art. 25 bis LC, antiguo art. 25 LC). Para poder afirmar, como aquí se pretende, que la acumulación de concursos es un genuino y novedoso instrumento de coordinación de concursos conexos introducido por la Ley Concursal de 2003, resulta imprescindible distinguirla de otras figuras más o menos afines.

I. Distinción de otras figuras

Las figuras respecto de las cuales conviene distinguir la acumulación de concursos son la acumulación de acciones y de procesos (arts. 71 a 73 y 74 a 97 LEC, respectivamente), la acumulación de ejecuciones singulares en el proceso civil (art. 555 LEC), la acumulación al concurso de determinados juicios declarativos pendientes (art. 51 LC), el litisconsorcio (art. 12 LEC) y la intervención procesal (arts. 13 a 15 LEC). Pueden existir semejanzas entre estas figuras y la acumulación de concursos, por ejemplo en cuanto a los objetivos, presupuestos o efectos. Estas coincidencias, sin embargo, son meramente puntuales y no implican, en modo alguno, que la acumulación de concursos pueda equipararse a o subsumirse en alguna de estas instituciones —ni siquiera como subtipo—.

1. La acumulación de acciones y de procesos

La acumulación de concursos tiende primordialmente a asimilarse a la acumulación de acciones (arts. 71 a 73 LEC) o de procesos (arts. 74 a 97 LEC), según aquella sea, respectivamente, inicial o sucesiva¹⁶⁰.

La Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de que un único proceso pueda servir a la cognición y enjuiciamiento de varias causas. Así, dentro de un único recipiente o vaso procesal se insertan varios objetos del proceso, sustancialmente distintos pero entre los cuales existen estrechas relaciones, mas sin que lleguen a confundirse entre sí por este motivo¹⁶¹. La conveniencia de los procesos acumulados en lugar de simples es que la composición en un único proceso genera menores costes y mejor rendimiento.

¹⁵⁹ V. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 557.

¹⁶⁰ En España han puesto de manifiesto la cercanía entre ambas instituciones BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 552; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 204; GONZÁLEZ LECUONA, M. M., «Art. 3. Legitimación», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2004, p. 72; SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 165; SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., pp. 177 y ss. V., también, BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 401.

¹⁶¹ En Italia se denomina a este fenómeno, muy gráficamente, *riunione di più cause in un unico processo*, con independencia de cuál sea el modo en el cual se produzca dicha reunión.

De ahí que se haya relacionado a la institución tanto con la economía procesal¹⁶², como con la justicia o la certeza¹⁶³. La doctrina, al igual que sucede con la acumulación de concursos, tiende a equiparar la acumulación de acciones y de procesos (entendiendo que se diferencian básicamente por el momento en el cual se producen)¹⁶⁴. Pese a ello, la existencia de algunas diferencias entre ambas figuras aconseja un análisis separado.

1.1. La acumulación de acciones

Mediante este tipo de acumulación, desde el principio se crea un vaso procesal único, en el cual se ejercitan varias acciones¹⁶⁵. Esta acumulación puede ser de dos tipos, objetiva o subjetiva¹⁶⁶. Es *objetiva* cuando se acumulan varias acciones contra el mismo demandado, aunque estas provengan de diferentes títulos, siempre que no sean incompatibles entre sí (art. 71.2 LEC). En cambio, es *subjetiva*¹⁶⁷ cuando se ejercitan simultáneamente las acciones que uno tiene contra varios, siempre que entre estas acciones exista un nexo por razón del *título* o *causa de pedir* (art. 72 LEC)¹⁶⁸.

¹⁶² Así, RIVERO GONZÁLEZ, M., *Tratado básico de Derecho procesal civil*, Pamplona [Aranzadi], 2009, p. 98, señala que la acumulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil está regulada con el designio de servir a la economía procesal, evitando la proliferación innecesaria de procesos. Pero esta regulación también pretende evitar un uso desviado de la institución que perturbe el adecuado conocimiento de las pretensiones por el órgano jurisdiccional. Por su parte, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 4.ª ed. Valencia [Tirant Lo Blanch], 2010, p. 134, afirman que al principio de economía procesal último se le han asignado diversas funciones: tanto la de regla interpretativa de las normas positivas como la de criterio para la organización del proceso. Como criterio organizativo del proceso, tiende a lograr la máxima eficacia con el menor despliegue de energía posible. En otras palabras, pretende evitar el despilfarro de tiempo y disminuir los costes del proceso. V. ROMERO SEGUEL, A. *La acumulación inicial de acciones en el Derecho procesal español*, Barcelona [CEDECS], 1999, p. 45.

¹⁶³ V. CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, t. I, 5.ª ed., Roma [Foro Italiano], 1956, p. 240.

¹⁶⁴ V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, 8.ª ed., Madrid [Artes Gráficas y Ediciones], 1976, p. 261: «El efecto de la acumulación de autos es, por consiguiente, equivalente al de la acumulación de acciones. Y de hecho produce una tal acumulación, bien subjetiva, bien objetiva». También GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid [Aguilar], 1943, p. 537 afirma que la diferencia entre ambas se explica con referencia al criterio temporal: pluralidad inicial o sucesiva. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., Barcelona [Bosch], 1992, p. 421: «[D]esde el punto de vista dogmático, la acumulación de autos (procesos) es tan solo una hipótesis de acumulación de acciones calificada por el momento en que se produce y por el hecho de haberse iniciado separadamente». Contra, v. ARMENTA DEU, T., *La Acumulación de Autos*, 2.ª ed., Madrid [Montecorvo], 1997, p. 40, que aconseja su análisis por separado.

¹⁶⁵ V. REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, 3.ª ed, tomo II, Milán [Giuffrè], 1953, p. 100.

¹⁶⁶ Algunos autores se han referido a la acumulación subjetiva como “acumulación objetivo-subjetiva”. Se afirma en este sentido que una acumulación exclusivamente subjetiva no existe, porque al presuponer que la pretensión es única (y solo las partes varias) desaparece la base lógica de la acumulación. V. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, 10.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2010, pp. 268 y 269.

¹⁶⁷ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, 7.ª ed., Madrid [Thomson Civitas], 2005, p. 295 la llama «conexión causal».

¹⁶⁸ En ambos casos, el Ordenamiento estima las conexiones existentes como relevantes de cara a la eventual oportunidad de que las diversas acciones (téngase en cuenta que pese a tener ciertos elementos en común, no los tienen todos, de modo que las acciones no son idénticas) sean examinadas y tratadas conjuntamente,

Visto lo anterior, la solicitud de declaración conjunta (art. 25 LC) vendría a ser un subtipo de la acumulación subjetiva inicial de acciones (art. 72 LEC), al consistir en el ejercicio simultáneo de las acciones que un acreedor (o varios) tiene contra varios de sus deudores, entendiéndose por tales las pretensiones de que se declaren los concursos de estos¹⁶⁹. Apoyaría esta postura la alusión que se hace en la Ley de Enjuiciamiento Civil a la posibilidad de que leyes especiales regulen hipótesis excepcionales de acumulación de acciones (art. 73.2 LEC). Sin embargo, existen importantes diferencias entre ambas instituciones que impiden tanto su asimilación como la consideración de la acumulación inicial de concursos como un subtipo de la acumulación de acciones.

En primer lugar, es muy discutible que las diversas solicitudes de concurso compartan un nexo por razón del título o causa de pedir (*causa petendi*). Recuérdese que la *causa petendi* y el *petitum* son los dos elementos identificadores del objeto del proceso (a efectos de litispendencia, cosa juzgada, etc.)¹⁷⁰. No se entrará aquí en el debate surgido en el seno de la doctrina procesalista acerca de qué deba entenderse por causa de pedir. Partiendo de que la Ley de Enjuiciamiento Civil aclara que existe un nexo por razón de la causa de pedir cuando las acciones se fundan en *los mismos hechos*, se empleará la construcción conforme a la cual la causa de pedir es el conjunto de *hechos concretos jurídicamente relevantes* en que se funda la petición (*petitum*)¹⁷¹.

en el mismo proceso. V. MANDRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile*, tomo II, 19.^a ed., Turín [G. Giappichelli], 2007, p. 175.

¹⁶⁹ Así DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 204; GONZÁLEZ LECUONA, M. M., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 72; SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 165.

¹⁷⁰ «El objeto del proceso se identifica conjuntamente por los elementos objetivos indispensables en toda demanda: la *causa petendi* y el *petitum*». V. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 251. Con la determinación del objeto del proceso se pretende precisar qué es lo que se discute en el proceso y cuáles son los elementos que definen la esencia del mismo. Pese a los fines están claros, la noción de objeto del proceso sigue resultando vaga y controvertida. Las múltiples orientaciones doctrinales se pueden sintetizar en dos grandes tendencias: la que defiende que el objeto del proceso es la materia y/o la cosa sobre la cual el proceso actúa y la que considera que el objeto del proceso es la tendencia, el fin o la razón de obrar del proceso. V., también, JIMÉNEZ ASENJO, E., «Teoría del objeto procesal», *RDPriv*, núm. 396 (1950), pp. 245 y 246 y ROMERO SEGUER, A., *La acumulación inicial de acciones en el Derecho procesal español*, cit., pp. 62 a 70. Sobre la importancia de determinar la *causa petendi*, piénsese que una misma petición (o peticiones iguales y aparentemente idénticas) puede estar fundada en diferentes causas de pedir. Por eso, si nos limitáramos a considerar el elemento *petitum* no quedaría plenamente identificado el objeto del proceso. Por ejemplo, la petición de condena a pagar 6.000 euros puede tener causa en la obligación de pagar el precio de una compraventa, de devolver una cantidad prestada, de indemnizar por un ilícito extracontractual, etc.

¹⁷¹ Se trata de un tema doctrinalmente muy discutido. La postura que aquí se toma es de ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, cit., p. 256. Se trata, como dice el propio autor, de una postura equilibrada respecto de la cuestión sobre si lo decisivo para identificar la causa petendi son los hechos o la calificación jurídica: «La causa de pedir no consiste en normas o principios jurídicos, en construcciones o calificaciones jurídicas que sean referibles a una diversidad de hechos de la vida (ej: precio debido por una compraventa). La causa de pedir debe consistir en hechos históricos, en acontecimientos concretos de la vida social (¿de qué compraventa concreta?). Queda excluido, en consecuencia, que formen parte de la causa de pedir los argumentos (que no son hechos, sino construcciones intelectuales) y los medios de prueba (que son instrumentos para demostrar los hechos). Ahora bien, tampoco cualesquiera hechos integran la causa de pedir. No la integran los hechos jurídicamente irrelevantes o indiferentes, puesto que

Lo anterior no encaja con el esquema de la acumulación de concursos, donde la causa de pedir no es la insolvencia genérica, sino la concreta situación de insolvencia de cada deudor. En este sentido, poco importa si la situación de cada deudor se fundamenta en hechos concretos distintos en cada caso o si provienen de unos hechos comunes (como la caída del sector productivo en el cual operaban las distintas sociedades del grupo, el cese de la actividad del principal cliente común, etc.). Lo relevante en sede concursal, esto es, lo que constituye la causa de pedir de cada solicitud de declaración de concurso, es la concreta insolvencia de cada deudor¹⁷².

estos hechos carecen de trascendencia para distinguir o delimitar realidades a las que se vinculan consecuencias jurídicas. Debe tratarse de hechos concretos jurídicamente calificables que funden la petición formulada en la pretensión procesal». A modo ejemplificativo, se reseñan a continuación otras posturas. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., p. 99, cuando la Ley exige una conexión por título o por causa de pedir lo que exige es un nexo interno recíproco, siendo necesaria una coincidencia de fundamentación jurídica e igualmente de fundamentación fáctica (pues ambas fundamentaciones delimitan lo que es la causa de pedir). Por su parte, GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 295 dice que la identidad se refiere al acaecimiento o acaecimientos fácticamente delimitadores de la reclamación que se formula ante el órgano jurisdiccional. Si este título o causa está integrado, como ocurre con frecuencia, por una multiplicidad de acaecimientos delimitadores, puede ampliarse la norma hasta entender que la coincidencia del hecho esencial o esenciales basta para justificar la posibilidad de la acumulación: así, el siniestro común a varios asegurados (p. ej., el incendio del edificio en el que viven todos) les permite reclamar conjuntamente frente al asegurador, aunque los contratos sean diversos. Asimismo PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., Madrid [Tecnos], 1989, pp. 102 y ss., dice que la causa petendi está formada por dos componentes, uno fáctico y otro jurídico. Y pone el siguiente ejemplo: «A (sujeto) alega frente al órgano jurisdiccional y contra B (sujeto), el hecho extraprocesal de haber entregado a este un bien, a fin de recibir la contraprestación del precio del mismo (primer componente, o fáctico, de la *causa petendi*) aduciendo igualmente la adecuación de tal hecho a las normas jurídicas que definen el contrato de compraventa y las obligaciones del vendedor y del comprador (segundo componente, o jurídico, de la *causa petendi*), solicitando, al final, que B sea condenado al pago de la suma de dinero que importa el precio (*petitum*)». Por otro lado, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 248 y 249, define la causa petendi como el fundamento histórico o hecho de la acción: «Si se pide una cantidad debida por préstamo, la causa de pedir será justamente el hecho (en este caso, un contrato) del préstamo. Si se pide una indemnización por lesiones, la causa será, v. gr., el atropello del automóvil». Habla también de las dos teorías sobre cómo ha de expresarse en la demanda la causa petendi. Según los partidarios de la teoría de la individualización, «hay que indicar los caracteres o datos en virtud de los cuales la relación jurídica en que se funde la pretensión pueda ser distinguida de otras relaciones, no exigiéndose para ello la designación de hechos de modo necesario, aunque sea lícita y posible. Por lo general, así ocurre en los derechos de obligaciones: no basta pedir 1000 pesetas a título de mutuo, porque esa suma puede deberse por muchos mutuos diferentes: la acción no queda identificada sino cuando se indica en virtud de qué mutuo precisamente es debida esa cantidad, y esto ha de expresarse en la demanda. Según los partidarios de la teoría de la sustanciación, por fundamento hay que entender solo hechos, y concretamente la suma de todos aquellos que, puestos bajo una norma jurídica, son susceptibles de producir el efecto jurídico de la norma y exigibles para ello».

¹⁷² Así lo reconoce también GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 72. En Alemania, para el supuesto de las sociedades pertenecientes al mismo grupo, EHRICKE se ha preguntado si el elemento de conexión (*das verbindende Element*) podría ser la pertenencia al grupo, de forma que esta justificase una competencia por conexión de causas (*Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs*). Este autor rechaza que pueda hablarse de ello en casos de concursos conexos (es decir, rechaza que pueda extrapolarse la normativa procesal civil general), porque la fijación de una competencia por conexión de causas implica la identidad de los objetos de cada proceso. E, independientemente de cómo queramos definir el objeto (*Streitgegenstand*) del proceso concursal, lo que está claro es que diversos concursos no pueden, en ningún caso, ser un mismo objeto del proceso. V. EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 483. Dicho esto, en algún caso de conexión entre concursos, esto puede no ser exactamente así: por ejemplo, en el supuesto de concurso de la sociedad y de los socios ilimitadamente

Otra diferencia, si bien menor, se refiere a las acciones acumulables. En la Ley de Enjuiciamiento Civil es necesaria la homogeneidad de los procedimientos conforme a los cuales deba ventilarse cada acción para que pueda producirse la acumulación de las mismas (art. 73.1-1.º y 2.º LEC)¹⁷³. Esto no ocurre en sede concursal, donde nada obsta a que se acumulen las solicitudes de declaración de concursos que, por razón de sus respectivos pasivos, deban tramitarse bien por el procedimiento abreviado, bien por el ordinario (arts. 190 y ss LC)¹⁷⁴. Esto se debe, naturalmente, a que la solicitud conjunta no afecta al tipo de procedimiento que debe seguir cada concurso, porque estos permanecen separados.

Pese a lo anterior, lo que realmente distingue la acumulación inicial de concursos de la acumulación inicial de acciones son los efectos de cada una. El efecto principal de la acumulación de acciones es que todas se ventilan en un mismo procedimiento, resolviéndose en una sola sentencia (art. 71.2 LEC). Tal cosa no ocurre en sede concursal. Por un lado, porque el procedimiento concursal nada tiene que ver con el procedimiento civil ordinario, ni en cuanto a su estructura ni en cuanto a su conclusión (que no es por sentencia, art. 176.2 LC). Por otro lado, el hecho de que varios concursos se hayan solicitado y declarado conjuntamente no implica un procedimiento común para todos los concursos acumulados; antes bien, su tramitación será separada y ni terminarán todos en el mismo momento ni de la misma forma. En cada concurso existirá un deudor que se distinguirá de los demás, con un peculiar carácter de insolvencia (actual o inminente) y una determinada diferencia patrimonial, y cada uno abrirá y cerrará sus fases e instruirá separadamente sus secciones y su calificación¹⁷⁵. Así, la declaración conjunta no impide que cada uno de los concursos tenga sus propias vicisitudes: que la tramitación sea ordinaria o abreviada (arts. 190 y ss. LC), que la solución sea por convenio o por liquidación, que la calificación sea culpable o fortuita, etc.

En estrictos términos procesales, la acumulación de acciones genera un único proceso con un objeto complejo o, si se quiere, con multiplicidad de objetos¹⁷⁶. En otras palabras,

responsables por las deudas sociales. Puede suceder que sea la insolvencia de la sociedad la que haya generado la insolvencia de los socios o, al contrario, que debido a la insolvencia de los socios la sociedad no pueda hacer frente a sus obligaciones exigibles. Sin embargo, consideramos que incluso en estos casos la insolvencia es algo inherente a cada sujeto, por muchos vínculos que puedan mediar entre las causas de las crisis.

¹⁷³ Por excepción, es posible acumular a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario la acción que, por sí sola, se habría de ventilar por razón de su cuantía en juicio verbal (art. 73.1-1.º LEC).

¹⁷⁴ V. ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 224.

¹⁷⁵ V., por todos, el AJM 1 Oviedo 31.5.2007.

¹⁷⁶ La naturaleza y los efectos de la acumulación de procesos de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son en absoluto pacíficos en la doctrina procesalista. Aquí asumiremos la teoría según la cual la consecuencia principal de la acumulación de procesos es la creación de un único cauce procesal para la sustanciación de los diversos objetos acumulados. Sin embargo, existen al respecto tres posiciones doctrinales distintas, dos contrapuestas y una tercera de naturaleza intermedia. Según una primera posición doctrinal, la acumulación de procesos, una vez decretada, da lugar a un proceso con pluralidad de objetos. Entendido el proceso como instrumento integrado por una serie o sucesión de actos, jurídicamente reglada, con una dimensión

lo que se acumulan son los objetos, no los trámites procedimentales; estos últimos se unifican. No se pretende desarrollar conjunta y simultáneamente diversos procesos, sino que cada acto procesal integrante de un solo proceso vaya referido a los diversos objetos acumulados¹⁷⁷. De esta forma, la acumulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo que pretende es la reunión de dos o más procesos cuyos objetos sean conexos, a fin de que se tramiten unitariamente, mediante un procedimiento común, y se decidan en una única sentencia¹⁷⁸.

En cambio, la acumulación inicial de concursos no da lugar a un único proceso con varios objetos o, si se quiere, a un único proceso concursal en el cual se ventilen las insolvencias de varios deudores de forma unitaria. No cabe fusionar o fundir varios concursos en uno solo porque solo los deudores individualmente considerados cumplen el presupuesto subjetivo (tener personalidad jurídica, a excepción de la herencia, art. 1.1 y 2 LC). Al contrario, lo que se produce es la declaración conjunta de diversos concursos, la simultánea apertura de los mismos, pese a que su ulterior tramitación transcurra separadamente. No se genera un proceso con pluralidad de objetos, sino diversos procesos, cada uno con su objeto. En cambio, con la acumulación de acciones los diversos objetos se sustancian *en un único procedimiento*. Habida cuenta de que el desarrollo fácticamente simultáneo de varios procesos formalmente separados e independientes no es una acumulación, debe rechazarse que la acumulación inicial de concursos sea siquiera un subtipo de la acumulación de acciones.

1.2. La acumulación de procesos declarativos

Con la acumulación de procesos (antes denominada de autos) se busca la reunión de diversos procesos conexos que se hayan iniciado separadamente para que se tramiten en un solo procedimiento unificado y sean resueltos por una misma sentencia (art. 74 LEC). Al igual que ocurre con la acumulación de acciones, con la acumulación de procesos se pretende, por un lado, evitar la posibilidad de sentencias contradictorias y proveer, por otro lado, a la economía procesal¹⁷⁹.

temporal, la pluralidad de objetos no supone pluralidad de instrumentos, al servicio de cada uno de los distintos objetos. Hay unidad de actos procesales y, por tanto, unidad de proceso. Otros autores mantienen que la unificación de procesos —y también la unificación de acciones, pues la única diferencia sustancial entre la acumulación de acciones y la de procesos radica en el momento en que se producen—, una vez acordada, genera varios procesos, tantos como pretensiones acumuladas. Finalmente, también se ha postulado una teoría intermedia, que afirma que el efecto más visible de la acumulación de acciones es que externamente se tramitan en un solo proceso y, sin embargo, internamente la acumulación origina una pluralidad de procesos. V., al respecto, MUÑOZ GONZÁLEZ, L., «La acumulación de procesos al concurso», *ADCo*, núm. 4 (2005), p. 119, así como la copiosa doctrina que cita.

¹⁷⁷ V. GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., pp.156 y 157.

¹⁷⁸ V. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Art. 74. Finalidad de la acumulación de procesos», en De La Oliva; Díez-Picazo; Vegas y Banacloche, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid [Civitas], 2001, pp. 208 y ss.; MARTÍN Y MARTÍN, J. A., «Artículos 76 a 97», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid [Lex Nova], 2000, pp. 688 a 690.

¹⁷⁹ Pese a que no se menciona explícitamente la economía procesal, es opinión común en la doctrina que la acumulación de procesos permite ahorrar trabajo y costes. Ahora bien, debe tenerse en cuenta, en primer

La acumulación de procesos procede cuando la sentencia que haya de recaer en uno de ellos pueda producir efectos prejudiciales en el otro (art. 76.1-1.º LEC) o cuando entre los objetos de cada proceso exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes (art. 76.1-2.º LEC).

Al igual que ocurre con la acumulación de acciones, la acumulación solo procede respecto de procesos que la Ley considere acumulables por razón del tipo procedimental (art. 77.1 y 2 LEC). Esto no ocurre en sede concursal, donde el diferente cauce procedimental conforme al cual deban tramitarse los diversos concursos no es óbice para su acumulación.

Por lo que respecta a la disparidad de los efectos de la acumulación de procesos y de la acumulación de concursos, puede repetirse lo dicho sobre la acumulación de acciones y la solicitud de declaración conjunta. Habida cuenta de que el análisis antes realizado es íntegramente trasladable aquí, a él nos remitimos (v., supra, 1.1).

1.3. La aplicación supletoria del régimen de la acumulación de acciones y de procesos a la acumulación de concursos

De todo lo expuesto anteriormente, puede colegirse que, pese al empeño de parte de la doctrina, las características de la acumulación de concursos no casan con el fenómeno de la acumulación de acciones o de procesos. Las diferencias más llamativas atañen a la naturaleza de la conexión entre procesos y a los efectos de cada tipo de acumulación, y se dan también otras diferencias menores (en los objetivos y en las acciones o procesos acumulables). Ahora bien, el hecho de que ambos tipos de acumulación (la concursal y la procesal civil) sean instituciones distintas no obsta para que, en ocasiones, deba recurrirse a las normas que regulan la segunda para suplir las carencias de la primera. Por ejemplo, la Ley Concursal no refiere el procedimiento para acumular varios concursos ya declarados (art. 25 bis LC), por lo que podría pensarse en acudir a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la acumulación de procesos (arts. 81 a 85 para procesos pendientes ante un mismo tribunal y arts. 86 a 97 para procesos pendientes ante distintos tribunales), opción esta que vendría reforzada por la consideración expresa de la regulación procesal civil general como Derecho supletorio (D. F. 5.ª LC).

lugar, que ambas finalidades no se persiguen simultáneamente en todos los casos de acumulación, ya que existen casos en los que dándose una de ellas no se producirá la otra. V. ARMENTA DEU, T., *La Acumulación de Autos*, cit., pp. 46 y 47 y los ejemplos que allí se describen.

De modo similar, para el Derecho alemán, v. BAUMBACH, A.; LAUTERBACH, W.; ALBERS, J., y HARTMANN, P., *Zivilprozessordnung*, 69.ª ed., Múnich [Beck], 2011, p. 721; STADLER, A., «§ 147 Prozeßverbindung», en Musielak (ed.): *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 7.ª ed., Múnich [Franz Vahlen], 2009, p. 697; GÖRING, B., «§ 147 Prozeßverbindung», en *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Darmstadt [Luchterhand], 1987, pp. 586 a 589; LEIPOLD, D., «§ 147 Prozeßverbindung», en Stein y Jonas (dirs.): *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22.ª ed., Tubinga [Mohr Siebeck], 2004, pp. 360 a 369.

Sin embargo, todas las diferencias que se han señalado deben servir para prevenir una aplicación directa (o traslación automática)¹⁸⁰ de las normas sobre acumulación de acciones y de procesos a la acumulación de concursos —y para desconfiar de quienes así proceden—. Tanto en cuanto a su naturaleza como a su finalidad, y en relación con el tipo de procesos a los que se refiere cada tipo de acumulación, se trata de instituciones diversas y, en el fondo, profundamente heterogéneas. Estas cuestiones serán abordadas más adelante, especialmente en relación con el procedimiento para decretar la acumulación (v., *infra*, capítulo IV).

2. La acumulación de ejecuciones singulares en el proceso civil

En atención a la naturaleza de procedimiento de ejecución colectiva o universal del concurso de acreedores, podría pensarse en asimilar la acumulación de concursos a la acumulación de ejecuciones singulares. Lamentablemente, el análisis comparativo entre ambas figuras se dificulta porque, frente a lo que ocurre con la proyección declarativa de la acumulación de procesos, que cuenta con doctrina jurisprudencial abundante y con tratamiento doctrinal extenso, la acumulación de ejecuciones singulares en el proceso civil es una cuestión parcamente regulada (art. 555 LEC) y apenas tratada en la doctrina y en la jurisprudencia. Distinta suerte ha corrido la acumulación de ejecuciones en el proceso laboral (arts. 36 a 41 LPL), institución de gran importancia e inspiradora directa de su homóloga en el proceso civil¹⁸¹.

Se ha defendido que la finalidad de la acumulación de procesos de ejecución es la protección de los derechos de los acreedores de un mismo ejecutado, ya que si el patrimonio de este es insuficiente para satisfacer a todos los acreedores, el que primero embargó es el que verá satisfecho su crédito, y las pretensiones ejecutivas de los demás acreedores quedarán frustradas¹⁸². Sin embargo, la acumulación de ejecuciones singulares

¹⁸⁰ A pesar de la expresa remisión legal a la Ley de Enjuiciamiento Civil (D. F. 5.ª LC), la aplicación supletoria de esta puede, en ocasiones, resultar problemática, de forma que deba examinarse la compatibilidad de los principios de la regulación procesal civil general con aquellos que informan el proceso concursal (singularmente, los de celeridad y flexibilidad judicial). Al respecto, resulta ilustrativa la doctrina del Tribunal Supremo que señala SENÉS, C., «D. F. 5.ª Derecho procesal supletorio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 3124. El Alto Tribunal, en relación con la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el ámbito contencioso-administrativo, distingue entre los silencios de remisión y los de exclusión: los primeros tienden a evitar la repetición innecesaria de preceptos, mas los segundos suponen la incompatibilidad de determinadas instituciones de la ley procesal civil con el sistema procesal tomado en consideración (ATS [3.ª] 26.11.1990).

¹⁸¹ En este sentido, v. SEGOVIANO, M.ª L., «Comentario al artículo 555», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid [Lex Nova], 2000, p. 2738. Ya ORTIZ NAVACERRADA, S., *Pluralidad de Acreedores en Proceso de Ejecución Singular*, Madrid [La Ley], 1996, pp. 79 a 81 da cuenta del superior valor que le corresponde a la acumulación de ejecuciones en el proceso laboral. Esto queda reflejado, por ejemplo, en la atención que ha despertado en la doctrina. V., por ejemplo, GARRIDO PALACIOS, J., y AIZPURU ARROYO, I., *La Fase Ejecutiva en el Proceso Laboral. Problemas derivados de la Acumulación de Ejecuciones*, Madrid [McGraw Hill], 1999 y, sobre todo, GONZÁLEZ PILLADO, E., *La Acumulación de Ejecuciones en el Proceso Laboral*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 1998.

¹⁸² V. SEGOVIANO, M.ª L., «Comentario al artículo 555», cit., p. 2738. Esta autora interpreta la acumulación de ejecuciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la luz de la acumulación de acciones en el

no solo produce beneficios para el ejecutante, sino también para el ejecutado, ya que al seguirse varias ejecuciones en un solo proceso se evita la multiplicidad de trámites y, en consecuencia, los gastos que estos generan que estén a cargo del ejecutado. De este modo, la principal finalidad de la acumulación de procesos de ejecución es la prosecución de la economía procesal. Se ahorra no solo en gastos, sino también en tiempo. Sin embargo, nunca podría pensarse en evitar sentencias contradictorias, habida cuenta de que la acumulación de procesos de ejecución es *post sententiam*¹⁸³.

Por otra parte, en estos casos la naturaleza de la conexión que tiene que existir no está clara. Mientras alguna autora defiende que el nexo tiene que ser la identidad de la causa de pedir, ya que el *petitum* nunca podría ser el mismo¹⁸⁴, más recientemente se ha sostenido que solo se exige una conexión subjetiva (mismos ejecutantes y ejecutado), sin que sea necesario que la naturaleza de la obligación que el título incorpore sea la misma. Por ello, lo lógico es pedir la acumulación de ejecuciones homogéneas, pues la economía procesal que se pretende con la acumulación no se lograría al ser distintos los procedimientos de las diversas pretensiones ejecutivas¹⁸⁵. En cualquier caso, lo único que exige la norma es que los procesos a acumular se sigan frente al mismo ejecutado¹⁸⁶, con independencia de que los títulos de ejecución en que se funden cada una de las demandas sean de distinta naturaleza (resoluciones judiciales, acuerdos homologados judicialmente, etc.).

El efecto de la acumulación de ejecuciones singulares es que estas se sigan en un procedimiento único, aunque con muchos matices: el ejecutado podrá oponerse a un despacho de ejecución y no a otro, los ejecutantes pueden pedir y obtener embargos sobre bienes diferentes o con diferente prioridad sobre los mismos bienes, lo que influirá en su prioridad para el cobro de los créditos (art. 613 LEC).

Frente a lo que sucede en sede concursal, donde lo característico es la existencia de varios deudores vinculados entre sí, en la acumulación de ejecuciones singulares solo puede existir un deudor. Ciertamente, solo se contemplan dos modalidades de acumulación de ejecuciones¹⁸⁷. Por un lado, se permite la acumulación de varias ejecuciones entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado (art. 555.1 LEC). Por otro,

proceso laboral, donde ciertamente la acumulación procede cuando existen indicios de que los bienes del deudor pudieran ser insuficientes para satisfacer la totalidad de los créditos que se ejecuten (art. 37.1 LPL).

¹⁸³ Así lo señala ARMENTA DEU, T., *La Acumulación de Autos*, cit., pp. 18 y 48. Sin embargo, pese a que la acumulación de ejecuciones y la acumulación de procesos declarativos son instituciones distintas, la segunda sirve de referente en lo que respecta al procedimiento para resolver sobre la procedencia de la primera (art. 555.3 LEC).

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 53.

¹⁸⁵ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica*, vol. II, Madrid [Tecnos], 2004, p. 2058.

¹⁸⁶ Por excepción, se tiene en cuenta la naturaleza de los bienes embargados (art. 555.4 LEC).

¹⁸⁷ La parquedad de la regulación de la acumulación de ejecuciones singulares ha sido puesta de manifiesto por la doctrina. Así, v. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 768.

cabe también la acumulación de varios procedimientos entre varios ejecutantes y un ejecutado (art. 555.2 LEC)¹⁸⁸. En ambos casos, el patrimonio destinado a satisfacer al conjunto de acreedores es único. En cambio, en la acumulación de concursos existen tantos patrimonios como deudores —con la excepción de aquellos casos en los que junto a la acumulación se acuerda excepcionalmente la consolidación de masas (art. 25 ter.2 LC)—, y la satisfacción de los acreedores de cada uno se produce exclusivamente con cargo al patrimonio correspondiente. Parece, pues, que son escasas las similitudes entre la acumulación de ejecuciones singulares y la acumulación de ejecuciones colectivas (i. e., de concursos).

3. La acumulación al concurso de determinados juicios declarativos pendientes

En virtud de la llamada *vis attractiva* de los procesos universales, se permite incorporar —acumular— al concurso los procesos declarativos pendientes cuya resolución tenga trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores (art. 51.1 LC). Así, son absorbidos o integrados dentro del proceso concursal y pasan a ser conocidos por el juez del concurso¹⁸⁹. Ahora bien, el hecho de integrarse en el proceso concursal no impide que su tramitación siga por cauces independientes (en un incidente concursal). Lo realmente relevante de la absorción en el concurso es la modificación de la competencia del órgano jurisdiccional llamado a conocer del proceso declarativo. En este caso, no solo puede modificarse la competencia territorial, sino que también puede —y será lo habitual— alterarse la competencia objetiva (por ejemplo, si el proceso declarativo pendiente competía originariamente a los Juzgados de Primera Instancia).

La *vis attractiva* opera entre procesos heterogéneos: por un lado, procesos declarativos y, por otro, el proceso de ejecución universal que es el concurso. No se produce entre procesos de idéntica naturaleza como ocurre en la acumulación de concursos. En cierta manera, en la acumulación de procesos declarativos al concurso (art. 51 LC), este último se encuentra en una situación de preeminencia sobre aquellos. Al contrario, en la acumulación de concursos todos ellos están en una posición paritaria, con independencia

¹⁸⁸ La legitimación es diversa dependiendo del caso: en el primero, la acumulación puede ser acordada de oficio por el secretario judicial o a instancia de cualquiera de las partes. En el segundo, solo a instancia de algún ejecutante y por la causa de ser la acumulación más conveniente para satisfacer los derechos de los ejecutantes. También es diverso el tratamiento que haya de darse: en el primer caso, el órgano jurisdiccional tiene que acordar la acumulación de forma preceptiva. En el segundo caso, el órgano jurisdiccional puede valorar si considera o no conveniente para la satisfacción de todos los acreedores la acumulación.

¹⁸⁹ Así, ALONSO-CUEVILLAS, J., *La «Vis Attractiva» del Proceso Concursal*, Pamplona [Thomson-Civitas], 2007, p. 62 afirma que: «[p]odemos pues definir la *vis attractiva* concursal, en sentido estricto, como el efecto que provoca que los procesos o ejecuciones, anteriores o posteriores a la declaración de concurso, seguidos contra el concursado se tramiten ante el juez del concurso quedando absorbidos —los procesos o ejecuciones iniciados con anterioridad— o integrados —en cualquier caso— dentro del proceso concursal por la fuerza de atracción que este despliega». V., también, MUÑOZ GONZÁLEZ, L., «La acumulación de procesos al concurso», cit., pp. 117 a 170 y BELLIDO, R., «Art. 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1002 a 1012.

de la posición que ostente cada deudor (a efectos procesales, carece de preeminencia procesal el concurso de la matriz sobre los concursos de las filiales, sin perjuicio de que pueda ser un criterio de determinación del lugar de concentración de las competencias judiciales, v., p. ej., art. 25 bis.2 LC).

El fundamento o la finalidad de este tipo de acumulación no es algo pacífico en la doctrina. Tradicionalmente, se han invocado fundamentos tales como la conexión entre el proceso concursal y el proceso singular, la vocación expansiva de la jurisdicción del juez del concurso (el juez del concurso sería el único competente para conocer de cualesquiera reclamaciones contra el patrimonio del deudor concursado), la mejor situación del juez del concurso para resolver cuantas cuestiones afecten al patrimonio del concursado por su mejor conocimiento de las circunstancias patrimoniales de este¹⁹⁰, la unidad de acción que se persigue a través de los principios de unidad y universalidad del proceso concursal o el propio principio de la *par condicio creditorum*. Más recientemente, se ha defendido que el único fundamento que puede reputarse válido es evitar que la tramitación de procesos singulares independientes pueda retardar la tramitación o conclusión del proceso concursal¹⁹¹.

El debate en torno a la finalidad de la *vis attractiva* dificulta la comparación con la acumulación de concursos. En cualquier caso, parece que el único punto que estas dos instituciones tienen en común es la tramitación de los diversos procesos por parte del mismo órgano jurisdiccional, esto es, la cognición por el mismo juez y los beneficios que ello pueda reportar. En virtud de la *vis* no se establecen más mecanismos de coordinación, y es discutible que coadyuve a la consecución de la economía procesal o a la maximización de la masa concursal¹⁹².

4. El litisconsorcio y la intervención procesal

En sentido amplio, el litisconsorcio es una pluralidad de partes¹⁹³. En sentido estricto, se refiere a la pluralidad de partes originaria, esto es, aquella que se produce desde el

¹⁹⁰ V. ARMENTA DEU, T., *La Acumulación de Autos*, cit., p. 49.

¹⁹¹ Es la tesis que alcanza ALONSO-CUEVILLAS, J., *La «Vis Attractiva» del Proceso Concursal*, cit., p. 81, tras haber analizado y descartado todos los fundamentos tradicionalmente esgrimidos.

¹⁹² A idénticas conclusiones llega EHRICKE en el Derecho alemán. V. EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 460.

¹⁹³ En realidad es más adecuado el hablar de «parte con pluralidad de sujetos», en vez de sujeto con pluralidad de partes (porque esta última expresión puede inducir a entender que un proceso puede tener más de dos partes, lo cual contradice el principio doctrinal de dualidad de partes sobre el que se sostiene el proceso civil). Cuando se habla de un proceso con pluralidad de partes, a lo que se apunta es a que en un proceso existen varias personas que participan a la vez como demandantes y/o como demandados. Esto significa que aunque cualquiera de las partes del proceso esté compuesta por más de un sujeto de derecho, no se rompe el principio de dualidad de partes. V. QUINTERO DE PRIETO, B., «Proceso con partes plurales», en *REP*, núm. 33 (1980), pp. 67 a 94.

momento mismo del inicio del proceso. Si se produce después, hablamos de intervención procesal¹⁹⁴.

Etimológicamente, el término litisconsorcio alude, en puridad, a los supuestos en los que los distintos sujetos corren una idéntica suerte en el proceso (*cum sors*). Ahora bien, esta «suerte común» solo se produce en los casos de litisconsorcio necesario, y no tiene por qué producirse en los supuestos de litisconsorcio voluntario¹⁹⁵, que es, desde el punto de vista procesal, un mero supuesto de acumulación subjetiva de acciones o de objetos procesales¹⁹⁶.

De igual forma, a la intervención, que consiste en la pluralidad de partes sobrevenida durante el curso del proceso, incorporando al mismo a sujetos originariamente no demandantes ni demandados (arts. 13 a 15 LEC), también se le ha llamado litisconsorcio sucesivo, y se asimila a la acumulación subjetiva de procesos¹⁹⁷.

Alguna autora ha equiparado al litisconsorcio pasivo voluntario la solicitud de declaración conjunta¹⁹⁸. Sin embargo, y entendiendo el litisconsorcio como una acumulación

¹⁹⁴ V. RIVERO GONZÁLEZ, M., *Tratado básico de Derecho procesal civil*, cit., p. 77; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., p. 97.

¹⁹⁵ Nótese que los calificativos «voluntario» y «necesario» nada tienen que ver cuando se emplean en relación a la declaración de concursos y al litisconsorcio. En el primer caso, «necesario» tiene que ver con que la declaración de concurso la insta un acreedor. En el caso del litisconsorcio, la necesidad deriva de la forma en que debe interponerse la demanda.

¹⁹⁶ Ciertamente, existe una extendida tendencia a fusionar el litisconsorcio y la acumulación subjetiva de acciones, como si ambas fueran una misma realidad procesal. La conexión entre el litisconsorcio inicial y la acumulación subjetiva de acciones puede apreciarse fácilmente comparando los artículos 12.1 y 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que respectivamente los regulan. Mientras que el primero afirma que «[p]odrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir», el segundo reza que “[p]odrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir». También menciona esta relación ROMERO SEGUEL, A. *La acumulación inicial de acciones en el Derecho procesal español*, cit., p. 47; FAIRÉN GUILLÉN, V., «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1955, p. 127. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que un proceso con litisconsorcio (o litisconsorcial) no es solo un proceso con pluralidad de litis, sino también con pluralidad de partes. Es importante distinguir, en cualquier caso, entre pluralidad de litis y pluralidad de partes (porque no siempre que se da la primera se da la segunda: por ejemplo, en la acumulación objetiva no hay litisconsorcio). V., en este sentido, CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 241. Por otra parte, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., p. 98 insisten en que el término litisconsorcio debería reservarse exclusivamente para los supuestos de litisconsorcio necesario, ya que «el llamado litisconsorcio voluntario no es sino una acumulación subjetiva de acciones, por eso la Ley pone como condición que las acciones que las acciones que dirija el actor contra los demandados, los actores contra el demandado, o los actores contra los demandados, provengan de un mismo título o causa de pedir, que es la condición establecida en la Ley (art. 72 LEC) para las acumulaciones subjetivas de acciones: dice dicha norma que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo o razón del título o causa de pedir. Se podrá observar que lo dispuesto en una y otra norma es exactamente lo mismo».

¹⁹⁷ V. CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 249.

¹⁹⁸ V. GONZÁLEZ LECUONA, M. M., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 97. Téngase en cuenta que también podría equipararse a un litisconsorcio voluntario mixto si la solicitud de declaración conjunta fuese

subjetiva de acciones, no parece posible esta asimilación por las razones antes expuestas (v., supra, 1.1). Añádase a esto que, conforme a la concepción ordinaria del litisconsorcio pasivo voluntario, el actor llama al proceso a varios demandados por considerar que debe hacer valer el derecho que se pueda derivar de la sentencia contra varios sujetos¹⁹⁹. Esto no es trasladable a la acumulación de concursos. Cuando el acreedor de las sociedades A y B solicita la declaración conjunta de los concursos de ambas, lo hace en cuanto que ostenta un crédito contra A y otro distinto contra B. No se trata aquí de que A sea el deudor principal y B un fiador o avalista que deba responder del mismo crédito solidaria o subsidiariamente. El crédito que el acreedor instante ostente contra B no debe estar supeditado a que se produzca un impago por parte de A.

Por lo que respecta a la intervención procesal, y como ya ha quedado anunciado, la más autorizada doctrina tiende a asimilar la intervención procesal con la acumulación subjetiva de procesos²⁰⁰. Por ello, nos remitimos a lo ya expuesto para rechazar la asimilación entre la acumulación de concursos y la acumulación de procesos declarativos (v., supra, 1.2).

II. Conclusiones preliminares

Pese al uso común del *nomen iuris* de «acumulación» (entendido el litisconsorcio pasivo voluntario como un caso de acumulación subjetiva de acciones, y la intervención como un supuesto de acumulación subjetiva de procesos), los efectos y fines de cada tipo de acumulación son distintos, por lo que no cabe dar una definición unitaria omnicompreensiva que abarque todas las manifestaciones del fenómeno. La única definición que, aparentemente, daría cabida a todas estas manifestaciones es la que da la Enciclopedia Española de Derecho y Administración, que definió la voz «acumulación» como la «reunión o agregación de muchas cosas en términos que vengan a formar una sola, o sea, todo; y viene [...] de *cumulus*, cúmulo, montón, porque en realidad esta circunstancia es la que constituye la acumulación. Pero, además, tiene significaciones concretas y particulares, según sean las cosas u objetos que se acumulen»²⁰¹.

Como quiera que sea, parece más correcto entender que no estamos ante diversas subespecies del género «acumulación», sino que son instituciones distintas, con sus propios presupuestos, procedimientos y finalidades. Siguiendo a ARMENTA, entendemos que «la acumulación, como tal, si se quiere definir de modo que comprenda todos los supuestos, solo puede concebirse como un mero instrumento de carácter técnico-procesal utilizable en aquellas circunstancias diversas en que la reunión de dos o más procesos se entienda como conveniente, atendiendo a diferentes finalidades según los

presentada por varios acreedores contra varios deudores, hipótesis que considera ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 220.

¹⁹⁹ V. RIVERO GONZÁLEZ, M., *Tratado básico de Derecho procesal civil*, cit., pp. 77 a 80.

²⁰⁰ V., supra, nota 197.

²⁰¹ Madrid, 1848, t.I, p. 467. Citado por ARMENTA DEU, T., *La Acumulación de Autos*, cit., p. 33.

casos de que se trate y produciéndose efectos diferentes»²⁰². Como bien afirma esta autora, cada tipo de proceso presenta su peculiar especie de acumulación²⁰³.

La acumulación de concursos, ya sea inicial o sobrevenida, es una figura autónoma y diferenciada de otras preexistentes. Esto no obsta para que pueda compartir con estas algún rasgo concreto (por ejemplo, la finalidad de la economía procesal), o que haya que acudir a sus respectivas regulaciones con el fin de suplir las lagunas que existen en la regulación que ofrece la Ley Concursal (especialmente en materia del procedimiento para acumular los concursos). Esto último se hace especialmente necesario a la luz de la parca regulación que la Ley Concursal, incluso tras la reforma de la Ley 38/2011, realiza de los concursos conexos. Viene, además, expresamente permitido en la norma (D.F. 5.ª LC). Sin embargo, como ya se ha señalado anteriormente, no cabe trasladar sin más la regulación de estas otras instituciones para colmar las lagunas de que adolece el régimen de la acumulación de concursos. Se trata de instituciones autónomas, con idiosincrasias propias.

²⁰² *Ibíd.*, p. 50.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 55: «Los problemas de los diversos tipos de procesos no pueden ser nunca los mismos, y distintos serán los supuestos que en cada uno de ellos exija la utilización del instituto de la acumulación».

CAPÍTULO IV. MODALIDADES DE LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS

La acumulación de concursos se regula en los nuevos artículos 25 a 25 ter de la Ley Concursal. Si bien el primero de los preceptos citados no se refiere expresamente a la acumulación (habla exclusivamente de «declaración conjunta de concurso»), existe un notable consenso doctrinal en torno a que se trata de un auténtico supuesto de acumulación²⁰⁴. Así, hablaremos indistintamente de la solicitud de declaración conjunta y de la acumulación inicial o acumulación de solicitudes (art. 25 LC) por contraposición a la acumulación sobrevenida, posterior o sucesiva (art. 25 bis LC). En contra de nuestra elección, la CNUDMI insiste en distinguir la solicitud conjunta y la coordinación procedimental, afirmando que la solicitud conjunta no predetermina la posterior coordinación de los procedimientos²⁰⁵. En la Ley Concursal española, sin embargo, la solicitud conjunta incluye tácitamente una solicitud de acumulación, de modo que, si los concursos se declaran conjuntamente, tendrán una tramitación coordinada (como mínimo mediante la concentración de las competencias judiciales como consecuencia automática de la acumulación).

Con diversas matizaciones, la doctrina ha tendido a equiparar la acumulación inicial y la posterior, entendiendo que la principal diferencia (e incluso la única) entre ambas radica en el momento en el cual se produce²⁰⁶. Sin que pueda negarse el paralelismo y gran

²⁰⁴ V. BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 552; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 204; GONZÁLEZ LECUONA, M. M., «Art. 25. Acumulación de concursos», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2004, p. 256; SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 165; SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., pp. 177 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., p. 22.

²⁰⁵ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 10: «Debe distinguirse una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de coordinación procesal. Permitir la presentación conjunta de las solicitudes de apertura tiene por objeto facilitar la coordinación del examen requerido para decretar la apertura de un procedimiento y reducir los gastos al respecto. La apertura de varios procedimientos a raíz de una solicitud conjunta facilitará sin duda la coordinación de esos procedimientos, al propiciar la fijación de una misma fecha de apertura para toda empresa deudora que sea miembro del grupo, y la de unos mismos plazos calculados a partir de esa fecha, así como la determinación de un mismo período de sospecha previo a la apertura para la impugnación de todo acto del deudor o deudores que se estime realizado en perjuicio de sus acreedores. Permitir la solicitud conjunta no tiene por objeto predeterminar la forma en que se sustanciarán los procedimientos que se declaren abiertos, ni, en particular, si éstos estarán o no sujetos a coordinación procesal. Es de desear, por ello, que el régimen de la insolvencia no exija una solicitud conjunta a título de requisito previo de la coordinación procesal. No obstante, una solicitud de apertura conjunta puede llevar aparejada una solicitud de coordinación procesal, como se indica a continuación, lo que podría facilitar la decisión del tribunal al respecto».

²⁰⁶ Según BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 552, «[a]ntendiendo al criterio temporal puede distinguirse entre acumulación inicial o simultánea y acumulación sobrevenida o sucesiva. La acumulación inicial se produce cuando se solicita de forma conjunta la declaración de concurso de distintos deudores (...) La acumulación sobrevenida o sucesiva también se contempla en la Ley y consiste en que, realizándose inicialmente diversas declaraciones de concurso en momentos distintos respecto de diferentes deudores, posteriormente se acuerda su acumulación para que conozca de los distintos concursos un mismo juzgado». También lo reconoce HURTADO IGLESIAS, S., «La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010», cit., p. 22, al afirmar que el nuevo capítulo dedicado a los

similitud entre las dos instituciones, no deben, sin embargo, ignorarse las diferencias que existen entre ambas. En otras palabras, la acumulación posterior pertenece al mismo género que la acumulación inicial (o sea, a la acumulación de concursos). Sin embargo, existen entre ellas diferencias específicas en cuanto a los requisitos o presupuestos, la legitimación y el procedimiento²⁰⁷. Uno de los problemas es, como se verá, que a pesar de que los efectos de ambos tipos de acumulación son sustancialmente idénticos, los supuestos en los que puede acordarse uno y otro son heterogéneos (lo eran antes de la reforma introducida por la Ley 38/2011 y siguen siéndolo después). Este es el motivo por el cual, pese a haber expuesto en la primera parte de la investigación todo el elenco de supuestos de concursos conexos, deberemos realizar en cada modalidad de acumulación un análisis cruzado para examinar en qué supuestos concretos cabe cada una.

Otra dificultad (ya apuntada) es que las diferencias que existen entre la acumulación de concursos y otras figuras afines impiden colmar las lagunas de la regulación de la primera acudiendo sin más a normas extraconcursoales. Por ello, es necesario «reconstruir» el régimen de cada modalidad de acumulación de concursos, integrando los silencios de la Ley Concursal a partir de los principios que inspiran dicha norma y de la regulación de otras instituciones afines, aunque siempre adaptando o ajustando cada previsión a la idiosincrasia del proceso concursal.

I. La solicitud de declaración conjunta o la acumulación ab initio

Como regla general, los Ordenamientos jurídicos exigen una solicitud de declaración de concurso para cada deudor. Sin embargo, en algunos sistemas (entre ellos el español) se permite la presentación de una única solicitud para instar los concursos de deudores²⁰⁸.

Si bien los efectos de la acumulación inicial son sustancialmente idénticos a los de la acumulación sucesiva, la primera revela beneficios adicionales debidos a que la coordinación se inicia en un estadio más temprano de los procedimientos. Aparte de que una solicitud conjunta puede ahorrar tiempo y costes en la fase preparatoria de los

concurso conexos «regula una misma cuestión que puede producirse en dos momentos sucesivos: la acumulación de concursos de varios deudores, que puede producirse mediante una solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación de concursos ya declarados». Asimismo DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a d. P., «De los concursos conexos», cit., p. 109, resalta que, con la reforma, se han concentrado bajo un mismo nombre (concurso conexo) todos aquellos supuestos en los que se tramita una declaración conjunta de concurso de varios deudores o la acumulación posterior de los mismos.

²⁰⁷ Esto es, procesalmente la acumulación puede producirse tanto por la solicitud de declaración conjunta de varios concursos en una única instancia, o bajo la forma de una acumulación sucesiva de varios concursos declarados separadamente, que luego se acumulan. En el primer caso, los concursos nacen ya acumulados, mientras que en el caso de acumulación sucesiva esta es posterior.

²⁰⁸ En EEUU, la solicitud conjunta (*joint application for commencement o single multidebtor petition*) está prevista en la Sección 302(a) del *Bankruptcy Code*, pero solo para los concursos de cónyuges: «A joint case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a single petition under such chapter by an individual that may be a debtor under such chapter and such individual's spouse».

concurso (preparación de la documentación, costes de asesoría jurídica, etc.)²⁰⁹, permite poner de manifiesto desde el principio la existencia de una conexión entre los deudores²¹⁰. Además, permite el inicio simultáneo de los diversos procedimientos (los concursos solicitados conjuntamente se declararán en el mismo auto). Esta coincidencia temporal es especialmente útil cuando la fecha de declaración del concurso se fija como referencia a otros efectos (ejercicio de acciones rescisorias concursales, personas afectadas por la calificación, etc.)²¹¹.

La solicitud de declaración conjunta es una forma de coordinar procedimentalmente —aunque trascienda, como se verá, al plano sustantivo— el inicio de los diversos concursos conexos. Sin embargo, la presentación de una solicitud única que abarque a todos los deudores conexos no es la única forma de proveer coordinación en esta fase inicial de los procedimientos. La CNUDMI reconoce, en efecto, una segunda posibilidad, consistente en presentar solicitudes paralelas y simultáneas respecto de dichos deudores²¹². Esta segunda forma de coordinar las declaraciones, que podría denominarse informal, también es posible en el Ordenamiento español, mas no implicaría per se coordinación alguna (más allá de lo puramente casual): las solicitudes pueden, por turno de reparto, ser asignadas a órganos jurisdiccionales distintos (con lo que se eliminaría la concentración de competencias judiciales que es inherente a la solicitud de declaración conjunta), y derivar en declaraciones de concurso no coincidentes en el tiempo (y eliminarse así cualquieracompañamiento en la tramitación de los procedimientos, en el cómputo del periodo sospechoso a efectos de las acciones de reintegración, en la delimitación de las personas susceptibles de ser afectadas por la calificación, etc.).

En cualquier caso, el régimen previsto en la Ley Concursal cumple con los objetivos que establece la CNUDMI para la solicitud de declaración conjunta: facilita la presentación coordinada de solicitudes de declaración de concurso de varios deudores conexos, permite que el órgano jurisdiccional cuente con información que le ayude a determinar si procede o no la declaración conjunta, promueve la eficiencia y la reducción de costes y ofrece la oportunidad para el juez de valorar si debe coordinarse también a otros niveles (por ejemplo, mediante el nombramiento de una administración concursal común).

1. Supuestos en los que procede

La declaración conjunta de concurso de varios deudores conexos no se admite expresamente para todo el catálogo de conexiones entre concursos. Así, del tenor literal

²⁰⁹ Así lo reconoce la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 8. Insiste en ello en el § 20.

²¹⁰ Esto resulta de especial utilidad cuando a la solicitud de concurso debe acompañarse información relativa a la existencia de un grupo (art. 6 LC). También lo afirma la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 8.

²¹¹ La Ley Concursal se acomoda así a las recomendaciones de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 8.

²¹² V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, Parte III, § 9.

de la norma se desprende que solo cabe la acumulación inicial de los concursos de los cónyuges (art. 25.1 LC), de los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica (art. 25.1 LC), de quienes formen parte de un mismo grupo de sociedades (art. 25.1 LC), de quienes tengan sus patrimonios confundidos (art. 25.2 LC) y de la pareja de hecho inscrita (art. 25.3 LC, con los requisitos que allí se establecen).

Quedarían fuera de esta posibilidad, por lo tanto, los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica, cuyos concursos, por el contrario, sí pueden ser objeto de una acumulación posterior (art. 25 bis.4.º LC). No se entiende esta exclusión, que obliga a los interesados a pasar por la declaración separada de los concursos para, seguidamente, solicitar la acumulación de los mismos. Una aplicación estricta de esta exclusión contraviene los principios de flexibilidad, celeridad y simplicidad que deben regir la tramitación de los concursos (exp. X EM LC), por lo que consideramos acumulables también inicialmente los concursos de los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica²¹³.

La presentación de una solicitud común no es óbice para que la constatación de la concurrencia de los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso deba hacerse individualmente para cada miembro del grupo²¹⁴. En efecto, resulta imprescindible que concurra el presupuesto objetivo en todos los deudores cuya declaración conjunta de concurso se solicita. No resulta admisible en nuestro Ordenamiento que se incorpore al procedimiento a un sujeto no insolvente, requiriéndose, al menos, una situación de insolvencia inminente (art. 2 LC)²¹⁵. En el caso de los grupos, donde la intervención de

²¹³ Así lo entiende ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 46. También a favor de realizar una interpretación conjunta se manifiestan VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», cit., p. 270; PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, cit., p. 799 y «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 456; y GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., pp. 294 y ss. Afirma este último autor que, si el legislador hubiera querido distinguir con exactitud entre ambas figuras (acumulación inicial y tras la declaración), debería haber prestado más atención a las justificaciones de principio (las razones fundamentales que justifican cada tipo de acumulación). Sin embargo, no existe en ninguno de los preceptos una idea clara que permita deducir las razones a las que obedece la norma y realizar una interpretación finalista. Por su parte, GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., pp. 176 y 177, critica la falta de equiparación de los supuestos que permiten la acumulación inicial de acciones y de los que autorizan la acumulación de concursos ya declarados, afirmando que estas diferencias revelan una deficiente técnica legislativa.

²¹⁴ Por todos, v. ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 220; SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 168; MERCADAL VIDAL, F., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 50, entre otros.

²¹⁵ Esta cuestión ha sido especialmente debatida en el caso de los concursos conexos por pertenencia de los deudores al mismo grupo. La CNUDMI se inclina por permitir únicamente la solicitud de declaración conjunta cuando cada uno de los deudores cumpla con el presupuesto objetivo de la declaración. Así se establece en la recomendación 199: «El régimen de la insolvencia tal vez especifique que se podrá presentar una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas, cada uno de los cuales deberá satisfacer las condiciones exigibles para la apertura de un procedimiento». V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 11 y recomendación 200. No sucede lo mismo, por ejemplo, en el Ordenamiento argentino, donde también se

los miembros solventes del mismo puede ser crucial de cara a una posterior reorganización, pueden arbitrarse soluciones como la inclusión de los mismos como asuntores en los convenios del resto de miembros del grupo (v., infra, capítulo VIII). Sin embargo, no podrán ser incluidos en la solicitud de declaración conjunta. No es

contempla la solicitud conjunta de concurso preventivo de las «personas físicas o jurídicas [que] integren en forma permanente un conjunto económico» (art. 65 LCQ). En este caso, la solicitud «debe comprender a todos los integrantes del agrupamiento sin exclusiones», aunque no se encuentren en estado de cesación de pagos. Ahora bien, «[p]ara la apertura de concurso resultará suficiente con que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos, con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico» (art. 66 LCQ). Lo importante no es que la insolvencia afecte al conjunto de miembros del grupo, sino que, potencialmente, pueda llegar a tener ese efecto. Sobre la «afección» a los demás miembros del grupo, se ha dicho que «[p]uede verificarse por los complejos mecanismos de control que existen entre todos los integrantes del grupo, por los lazos de conexión entre ellos, etc. Pero es importante resaltar que la comunicación de la insolvencia de un miembro del grupo a los demás no debe verificarse al momento de la presentación de la demanda de apertura; puede asegurarse, incluso, que dicha circunstancia no se genere en el futuro, dado que la redacción del texto de la norma admite tal interpretación. Al respecto, entendemos que dicha transmisión de la crisis debe ser potencial, pudiendo tomarse el concurso preventivo como un medio para evitarla». V. BARBIERI, P. C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522 comentada y concordada*, Buenos Aires [Universidad], 1995, p. 182; BONFANTI, M. A., y GARRONE, J. A., *Concursos y quiebras*, 5.ª ed., Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 1997, p. 251; RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, tomo II, 3.ª ed., Santa Fe [Rubinzal-Culzoni], 2005, p. 156 y ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, 15.ª ed., Buenos Aires [Astrea], 2010, p. 175, quien señala que: «uno, al menos, de los integrantes del grupo concursable debe estar en cesación de pagos; y, además, esa insolvencia debe tener potencialidad para afectar a todos los demás integrantes del agrupamiento. Es este otro elemento que corrobora la necesidad de que el grupo se caracterice por la nota de integración empresarial; solo esta explica la posibilidad de que la insolvencia de uno pueda afectar a los demás». Por su parte, MIGUENS, H. J., *El grupo insolvente*, cit., p. 290, señala que es exagerado que «la ley, al no hacer discriminaciones ni contemplar matices, exija acreditar que la cesación de pagos del o de los insolventes sea tal que tenga virtualidad para proyectar influencia sobre todos los demás integrantes del agrupamiento». Para este autor, el fundamento de la inclusión de la totalidad de los miembros «tiene como fundamento proteger a los acreedores contra el fraude que se presupone se tiene en mira cometer». Se quieren evitar maniobras perjudiciales para los acreedores. Y critica la medida en los siguientes términos: «También puede ocurrir que existan integrantes del agrupamiento respecto de los cuales no afecte el estado de cesación de pagos de otros sujetos del grupo, ni siquiera potencialmente. En consecuencia no se concilia la exigencia de que se presenten todos los integrantes del conjunto económico con la posible afectación del presupuesto objetivo concursal de alguno de los miembros del grupo. En concordancia, se ha criticado la norma, en este punto, afirmándose que no es equitativo ni justificado que los socios o accionistas de una sociedad solvente y viable, externos al agrupamiento en concurso preventivo conjunto, deban soportar obligatoriamente ser sometidos a los riesgos propios del concurso de un agrupamiento que no integran. El argumento de que estos socios externos conocían o debían conocer el riesgo al que se exponían cuando la sociedad estaba sometida a la conducción unitaria del agrupamiento no es sostenible, no solo porque pueden haber tenido todo el cuidado y previsión necesarios para que la sociedad de la que son socios no sufra ilegítimos perjuicios por esa causa, sino también porque su condición de socios o accionistas puede ser anterior a la pertenencia de la sociedad al agrupamiento y, en consecuencia, su posibilidad de reacción o apartamiento haber sido inexistentes». De esta forma, en Argentina lo verdaderamente determinante «para la concursabilidad conjunta es una pluralidad de sujetos que estén empresarialmente integrados, ya que es la existencia de empresa común llevada a cabo por varios titulares (sin constituir sociedad entre estos) lo que justifica el tratamiento concursal diferenciado». V. ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, cit., p. 174. No se trata de un régimen que descansa, como el español, sobre dos pilares: la conexión entre deudores y la propia insolvencia de cada uno de ellos.

necesario, por último, que la insolvencia de todos los deudores derive de una misma relación crediticia²¹⁶.

2. Legitimación para instarla

En cuanto a la legitimación para instarla, también existen marcadas diferencias entre cada supuesto, sin que, aparentemente, pueda encontrarse una explicación convincente. Recuérdese que, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, la legitimación para solicitar la declaración conjunta de concurso de varios deudores estaba, en principio, reservada a los acreedores (y era necesario que el acreedor fuese común, esto es, que ostentase créditos frente a todos los deudores cuyos concursos instase, v., antiguo art. 3.5 LC)²¹⁷. Sin embargo, la doctrina y la práctica jurisdiccional, de forma mayoritaria, interpretaron esta restricción como carente de sentido, y se inclinaron por admitir generalizadamente la solicitud de declaración conjunta de concursos voluntarios²¹⁸, sin que faltasen voces discordantes²¹⁹.

²¹⁶ Como bien dice MERCADAL VIDAL, F., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 50: «no es preciso que todos los afectados por la solicitud conjunta sean codeudores de todos los créditos que tenga el acreedor contra ellos. Tampoco hace falta que formalmente existan relaciones de garantía entre unos y otros respecto de las deudas que mantengan respecto del acreedor. En consecuencia, cabe perfectamente que entre los deudores afectados por la declaración conjunta no existan los vínculos propios de los codeudores y/o de los garantes». Sin embargo, parece entender lo contrario FERRÁNDIZ, J. R., «Comentario al artículo 3.5» en Fernández-Ballesteros (coord.): *Derecho concursal práctico*, Madrid [La Ley], 2004, p. 33 al afirmar que «[l]a pluralidad de deudores puede surgir del contrato, de la ley (ej., administradores responsables de deudas sociales), de la culpa extracontractual...; en particular, en los casos contemplados en el art. 25 LC (...), porque, por virtud del régimen jurídico de la sociedad, respondan personalmente de las deudas sociales los socios (los colectivos o integrantes de sociedades civiles) o porque varias personas hayan contraído deudas en nombre de una entidad carente de personalidad jurídica o lo hayan hecho conjuntamente los cónyuges». En efecto, puede interpretarse que atiende al origen de las deudas que han determinado la insolvencia.

²¹⁷ Curiosamente, en la propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung (InsO-E)* que, a fecha de cierre de este trabajo, prepara el *Bundesministerium der Justiz* alemán, la legitimación activa para presentar la solicitud de apertura de un foro jurisdiccional específico para el grupo (*Antrag auf Begründung des Gruppen-Gerichtsstands*, que debe diferenciarse de la solicitud para abrir el procedimiento de insolvencia o *Insolvenzeröffnungsantrag*), pertenece exclusivamente a los deudores, incluso cuando la segunda haya sido ya presentada por un acreedor. Esta restricción se fundamenta en que la atribución de facultades ilimitadas a los acreedores podría obstaculizar la tramitación de los procedimientos de cara a la matriz y el resto de sociedades. Además, los acreedores normalmente carecerán de la información y documentación necesarias para evaluar la situación a nivel del grupo y también para evaluar si una tramitación coordinada de los procedimientos de insolvencia de las sociedades que lo integran resulta adecuada o no. Por último, la tramitación coordinada procede singularmente cuando se persigue la reorganización y el saneamiento del grupo, objetivos estos que no caben contra la voluntad de los deudores.

²¹⁸ Se decía en este sentido, en primer lugar, que la restricción de la legitimación no figuraba en el texto inicial introducida por el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda número 237). Se recurría a la analogía para permitir la solicitud de declaración conjunta de concursos voluntarios, dada la concurrencia de los requisitos esenciales para que dicho recurso resulte admisible (art. 4.1 CC): un supuesto no regulado en la norma, la regulación de un supuesto semejante y la identidad de razón o igualdad jurídica esencial entre ambos supuestos. Así, puesto que la Ley Concursal, si bien no preveía la acumulación ab initio de concursos voluntarios, tampoco la prohibía expresamente, sin que existiesen aparentemente razones de fondo para negar su admisibilidad. V., en este sentido, ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 220; SÁNCHEZ-CALERO, J., «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», *ADCo*, núm. 5 (2005), p. 41; GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 297. Otro argumento a favor de extender la legitimación se basa, finalmente, en que la permisón de acumulación de

Sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se vertirán en torno a las restricciones a la legitimación para solicitar la acumulación de concursos (sea inicial o posterior) en relación con la concentración de las competencias judiciales (v., infra, capítulo V), debe destacarse la caótica atribución de legitimación activa que ha introducido la Ley 38/2011.

Existen, por un lado, concursos conexos cuya acumulación inicial *solo puede instarse por los propios deudores*, de forma que solo cabe la solicitud de declaración conjunta de concursos voluntarios. Es el caso de los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica (art. 25.1 LC). Por otro lado, existen concursos conexos que pueden acumularse ab initio a petición *tanto de los deudores como de un acreedor*. Es el caso de los cónyuges (art. 25.1 y 2 LC), de quienes formen parte de un mismo grupo (art. 25.1 y 2 LC) y de la pareja de hecho inscrita (art. 25.3 LC). Por último, existe un supuesto en el que *solo el acreedor* puede solicitar la declaración conjunta de los concursos conexos: el caso de la confusión de patrimonios (art. 25.2 LC).

Esta regulación carece de sentido. Y, aunque lo tuviese, es muestra de una lamentable técnica legislativa. Pudiera pensarse, tal vez, que solo se prevé la legitimación activa del acreedor para aquellos casos en los que la conexión entre los deudores sea aparente o fácilmente cognoscible (por ejemplo, el caso de los cónyuges o del grupo de sociedades). Sin embargo, no resulta una explicación convincente, habida cuenta de que el acreedor también está legitimado (de hecho, exclusivamente) para instar los concursos de quienes tuvieran sus patrimonios confundidos, y tal situación patrimonial resulta bastante «íntima» y difícilmente cognoscible para personas externas a los sujetos cuyos patrimonios se hallan

concursos ya declarados *ex artículo 25* (sin distinguir si son necesarios o voluntarios) debe llevar a permitir lo que, sin estar prohibido como ya hemos dicho, guarda identidad de razón con el supuesto expresamente permitido por la Ley. V. VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», cit., p. 271. También v. PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 456 y CUADRADO PÉREZ, C., «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», cit., p. 243. A favor declaración conjunta voluntario bajo el derogado artículo 3.5 de la Ley Concursal: AAJM 1 Bilbao 15.11.2004 y 4.5.2009, AJM 1 Madrid 29.11.2004, AAJM 3 Barcelona 15.11.2004, 29.12.2004 y 21.3.2006, AJM 1 Valencia 25.1.2005, AJM 1 Vitoria 11.3.2005, AJM Córdoba 14.11.2005, AAJM 1 Cádiz 7.4.2006 y 10.10.2008, AJM 2 Valencia 2.10.2007, AJM 2 Bilbao 9.5.2008, AJM 1 Santander 18.7.2008, AJM Barcelona 18.7.2008, AJM 2 Barcelona 13.10.2005, AJM 1 Lérida 19.9.2008. Contra: AJM 1 Málaga 5.5.2005, AJM 1 Pontevedra 24.4.2007.

²¹⁹ Así lo afirman GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Art. 3. Legitimación», p. 72; GONZÁLEZ LECUONA, M. M., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 97; TERREROS, G., «Grupos de sociedades y concurso de acreedores», *ADCo*, núm. 18 (2009), p. 263; y, sobre todo, GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., pp. 117 a 121. Esta autora señala tres obstáculos a la extensión de legitimación: (i) la configuración legal del procedimiento de declaración del concurso voluntario (en el cual no intervienen los acreedores, dejando así la puerta abierta a un posible uso torticero del *forum shopping*); (ii) el hecho de que el texto de la enmienda inicial fuese alterado en la redacción final del artículo (al ser el legislador consciente del problema que representaba la falta de audiencia de los acreedores en la declaración del concurso voluntario); y (iii) el requisito que impone la normativa procesal civil general (art. 72 LEC) para la acumulación subjetiva de acciones (la existencia de un nexo por razón del título o causa de pedir). Insiste en ello en GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., 2010, pp. 173 y ss.

confundidos. Al contrario, son los deudores quienes mejor conocen su propia situación patrimonial²²⁰.

Puesto que nos vemos incapaces de ofrecer una explicación coherente y razonable a las disparidades en la legitimación, la única alternativa consiste en criticar la actual redacción del precepto, aconsejando, o bien la homogeneización de la legitimación activa en todos los supuestos (de forma que quepan tanto la solicitud de declaración de concursos voluntarios como la solicitud de declaración de concursos necesarios), o bien las restricciones a la misma, pero de forma que estas sean sistemáticas y tengan alguna razón de ser.

En tanto no se produzca una modificación legislativa, debe realizarse una interpretación correctora y sistemática de la norma (en coherencia con la legitimación para solicitar la acumulación de concursos ya declarados) de forma que tanto los deudores como los acreedores puedan solicitar la acumulación inicial de concursos. Resulta inexplicable, en efecto, que, dependiendo del supuesto, la acumulación inicial solo pueda solicitarse por los deudores o por los acreedores cuando, frente a ello, la acumulación posterior puede solicitarse en todos los supuestos de conexión por unos y por otros²²¹. Esta interpretación, además, viene apoyada por las recomendaciones de la CNUDMI²²².

²²⁰ En principio, aunque la solicitud sea conjunta (en un mismo y único escrito), si admitimos la legitimación de los deudores, en principio cada uno de ellos deberá adjuntar individualmente los documentos legalmente exigidos. V. ROJO, A., «Art. 6. Solicitud del deudor», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 245. En cualquier caso, existirán economías de escala en cuanto al tiempo y el dinero requeridos para preparar la documentación adjunta. Por ejemplo, la memoria que exprese la historia jurídica y económica del deudor (art. 6.2-2.º LC), ya que podrán aprovecharse datos, especialmente en los aspectos relativos al grupo. Téngase en cuenta que la biografía jurídica de una sociedad integrada en un grupo a menudo estará vinculada a la del resto de las sociedades que formen parte del mismo (por ejemplo, la sociedad A puede provenir de una escisión de la sociedad B, o de una fusión de las sociedades C y D, etc.). Recuérdese que, en caso de solicitud de concurso de persona jurídica perteneciente a un grupo, esta debe indicar si pertenece o no a un grupo de empresas y enumerar las entidades integradas en el mismo. En cambio, el inventario y la lista de acreedores deberán ser preparados individualmente para cada deudor (porque no hay consolidación de masas y porque la concurrencia del presupuesto objetivo debe ser analizada separadamente). Pero sin duda donde más economías pueden lograrse es con la confección de los documentos especiales que han de acompañarse en caso de que el deudor forme parte de un grupo (art. 6.3-4.º LC): a) las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales, así como los informes de auditoría correspondientes a dichas cuentas; b) la memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante los tres últimos años. En Estados Unidos la legitimación para solicitar la declaración conjunta pertenece exclusivamente a los deudores. Esto es, la solicitud ha de ser voluntaria y mutuamente consensuada. Así consta en el apartado (a) de la Sección 302 del *Bankruptcy Code*, que regula el commencement of a joint case de los cónyuges (otro supuesto típico de concursos conexos). Al respecto, V. RESNICK, A., y SOMMER, H., *Collier on Bankruptcy*, 15.ª ed. (revisada), San Francisco [LexisNexis], 2007, vol. II, ¶ 302.02[1].

²²¹ V., por ejemplo, lo que señala ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 46: «La distinción de supuestos previstos para un caso (solicitud por el deudor) y otro (solicitud por el acreedor) carece por completo de sentido, máxime habida cuenta de que [...] tanto deudor como acreedores, estos últimos de forma subsidiaria al concursado y la administración concursal pueden solicitar la acumulación de concursos ya declarados en cualquiera de los supuestos citados».

²²² V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 16 y recomendación 200.

Procede, en último lugar, preguntarnos si cabe la actuación de oficio. La cuestión surge de la confusa redacción del precepto que prevé la solicitud de declaración conjunta de los miembros de la pareja de hecho, donde se establece que «[e]l juez podrá declarar el concurso de dos personas que sean pareja de hecho inscrita», puesto que parece dar a entender que el juez puede declarar de oficio dichos concursos. Solo más adelante aclara el precepto que dicha declaración podrá proceder «a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor» (art. 25.3 LC). La legitimación de oficio para declarar concursos debe, como puede imaginarse, rechazarse tanto en caso de los concursos conexos como en el caso de los concursos aislados²²³. La solicitud de declaración conjunta es, pues, una actividad potestativa de los acreedores y de los deudores conexos²²⁴. Por último, resulta innecesario mencionar la legitimación de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica para instar el concurso de esta (art. 3.3 LC) porque, en el caso de los concursos conexos, tales sujetos serán, a su vez, deudores.

3. Procedimiento

En esencia, la solicitud de declaración conjunta debe tener el mismo contenido que la solicitud de declaración individual, aunque con elementos adicionales que variarán en función de si la solicitud la presentan los propios deudores o un acreedor.

Cuando el solicitante sea un acreedor, resulta imprescindible que lo sea de todos aquellos deudores cuyas declaraciones conjuntas de concurso insta²²⁵. Por ello, el acreedor instante no solo deberá especificar en qué hechos reveladores funda la insolvencia de cada deudor y de qué supuesto de conexión se trata, sino también acreditar que ostenta créditos contra cada uno de los deudores cuya declaración de concurso solicita²²⁶. Si la presentan los deudores, podría en principio pensarse que solo deben exponer el supuesto de conexión de que se trata²²⁷. Sin embargo, parece razonable exigir, al igual que sucede con la acumulación posterior (art. 25 bis LC) que los deudores razonen o justifiquen la trascendencia concursal que la acumulación es susceptible de tener (por ejemplo, en el caso de un grupo, esta trascendencia puede derivar de la integración económica de sus miembros o del elevado número de transacciones intragrupo, etc.). Como puede

²²³ En materia de legitimación activa, el Derecho español parte de la vigencia absoluta del principio dispositivo o de rogación, de forma que solo se atribuye a la iniciativa privada la facultad de instar la declaración de concurso. No cabe, en efecto, la declaración de oficio del concurso de acreedores. V., por todos, ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., pp. 197 y 198.

²²⁴ DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a d. P., «De los concursos conexos», cit., p. 113.

²²⁵ V., por todos, ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 220. También insiste en ello la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 16 y recomendación 200.

²²⁶ V., entre muchos otros, AJM 1 Cádiz 7.4.2006, AJM 1 Alicante 13.10.2008 y AAP Palma de Mallorca [5.^a] 29.3.2007.

²²⁷ Se han dado casos de desestimación de la solicitud de declaración conjunta por falta de acreditación de la existencia de la conexión que la Ley Concursal exige, en concreto en el caso de un grupo de sociedades. Así, v. AJM 1 Cádiz 15.4.2011.

imaginarse, este razonamiento no les resulta exigible a los acreedores, ya que por lo general carecerán de información al respecto²²⁸. Huelga decir que será el órgano jurisdiccional quien, en última instancia, valore la conveniencia de la acumulación en atención al interés de los diversos concursos. Aunque se trate de un juicio sumamente preliminar, puede suceder que desde el primer momento el juez vaticine que la acumulación de concursos carece completamente de utilidad o bien que es susceptible de generar perjuicios difícilmente compensables. Sin embargo, raro será el caso en que se rechace por este motivo la solicitud de acumulación, habida cuenta de que el juez carece, en estos momentos tan tempranos de los procedimientos, de elementos de juicio que le permitan determinar con certeza la procedencia o improcedencia de la acumulación²²⁹.

En caso de declaración conjunta de concursos necesarios, la oposición a dicha declaración podrá referirse a la solicitud de concurso (por ejemplo, si alguna de las sociedades cuyos concursos se instan no es insolvente o no es deudora del acreedor solicitante) o a la acumulación solicitada (si no existe grupo)²³⁰.

Contra el auto que declara conjuntamente los concursos pueden interponerse los recursos pertinentes, que podrán referirse tanto a la declaración en sí de algún concurso (mediante recurso de apelación) como al hecho de que la declaración sea conjunta (que, entendemos, debería ser impugnabile mediante un recurso de reposición, *ex art. 20.2 LC*, por tratarse de un pronunciamiento accesorio)²³¹.

II. La acumulación de concursos ya declarados

Junto con la posibilidad de solicitar conjuntamente la declaración de los concursos de varios deudores vinculados entre sí, también se prevé que, habiéndose iniciado estos concursos por separado, se acumulen a posteriori en las manos de un único juez (art. 25 bis LC). Normalmente, la acumulación sucesiva de concursos procederá cuando los

²²⁸ En este sentido, LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 260, se pregunta si es necesario alegar o justificar la trascendencia concursal de la acumulación para que esta proceda (en caso de acumulación inicial), y contesta que «[l]a respuesta ha de ser negativa cuando la solicitud la formulen otros legitimados distintos a los propios deudores, porque estos no tienen por qué conocer las operaciones intragrupo y no cabe, en esos momentos, un dictamen sobre la trascendencia concursal del grupo que debe ser materia reservada al criterio de la administración concursal, que en esa fase de solicitud de concurso no existe. Cuando la solicitud parta de los propios deudores, por el contrario, parece que lo adecuado sea que se razone la conveniencia concursal de la acumulación y que pueda el juez rechazar la declaración acumulada si no resulta justificada la solicitud».

²²⁹ Téngase en cuenta que, como acertadamente ha puesto de manifiesto el Profesor Rojo, la solicitud de declaración conjunta solo puede ser admitida a trámite respecto de todos los deudores a los que la solicitud se refiere. Cuestión distinta será que, una vez admitida a trámite la solicitud conjunta (art. 15.1 LC), solo proceda la declaración de concurso de uno o varios de los deudores, y no la declaración de concurso de otro u otros. V. ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 221.

²³⁰ V. FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 94.

²³¹ Las medidas concretas contenidas en el auto de declaración de concurso no pueden ser cuestionadas a través de un recurso de apelación, ya que el artículo 20.2. in fine expresamente señala que solo pueden discutirse a través de un recurso de reposición (AAP Asturias [1.ª] 9.2.2006).

diversos deudores vinculados no hayan devenido insolventes de forma simultánea, o cuando la conveniencia de su tratamiento coordinado se haya puesto de manifiesto una vez iniciados los procedimientos.

Al igual que sucede con la acumulación inicial, con la acumulación posterior se persigue la coordinación procedimental respetando la personalidad separada de cada deudor, con el objetivo último de que tal coordinación redunde en el interés de los concursos acumulados²³².

La acumulación sobrevenida de varios concursos implica, básicamente, el reenvío o transferencia de un procedimiento (*Verweisung an den Gruppen-Gerichtsstand, transfer of proceedings*) que penda ante un juzgado a favor de otro juzgado. Consiste en que el órgano jurisdiccional que esté conociendo del procedimiento reenviado o acumulado se inhiba a favor del otro, que verá extendida su competencia.

1. Supuestos en los que procede

Al contrario de lo que sucede con la acumulación inicial, la acumulación posterior se permite para todo el elenco de concursos conexos (art. 25 bis.1 LC): las sociedades que pertenezcan a un grupo, los cónyuges, la pareja de hecho inscrita, los administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de una misma persona jurídica, quienes tengan sus patrimonios confundidos y los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente en el tráfico de las deudas contraídas en nombre de esta (supuesto, este último, excluido de la posibilidad de la acumulación inicial).

No se entiende que la acumulación posterior quepa en más supuestos que la acumulación inicial, ya que las ventajas que puede reportar este mecanismo son mayores (y más sencillas de conseguir) cuanto antes se acuerde²³³. Si se declaran separadamente los

²³² En palabras de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 22: «La coordinación procesal tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos y puede facilitar no sólo la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, sino también la valoración de los bienes y la identificación de los acreedores y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos, así como evitar la duplicación de esfuerzos. El concepto de coordinación procesal se refiere a lo que, en la práctica, pueden ser diversos grados de coordinación en cuanto a la sustanciación de las actuaciones o a la administración de las masas de la insolvencia de varios procedimientos entablados respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas en los que tal vez intervenga más de un tribunal. Aunque se vayan a administrar de forma coordinada, deberán mantenerse separados los patrimonios de cada empresa del grupo sujeta a coordinación procesal, a fin de preservar la identidad e integridad de cada empresa, sin menoscabar los derechos sustantivos de los acreedores. De eso se deduce que los efectos de la coordinación procesal se circunscriben a los aspectos administrativos de la insolvencia y no conciernen a las cuestiones jurídicas de fondo. Por lo general, será el tribunal el que determine, en cada caso, el alcance de un mandamiento de coordinación procesal».

²³³ Señala también esta incoherencia CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2013, p. 110: «si se tiene en cuenta que los efectos de la acumulación son idénticos, no se aprecian las razones por las que se han previsto unos presupuestos subjetivos diferentes en el concurso voluntario y en el necesario».

concurros, la administración concursal será distinta, de forma que pretender unificarla posteriormente puede ser antieconómico e ineficiente. Además, la acumulación posterior puede dar lugar a conflictos de competencia entre juzgados²³⁴. Puede suceder, igualmente, que una vez declarados separadamente los concursos conexos, la acumulación posterior devenga inviable debido a los distintos ritmos procesales de los juzgados encargados de tramitar cada uno de ellos²³⁵.

2. Legitimación para instarla

La legitimación para solicitar la acumulación posterior de concursos ya declarados se ha ampliado extraordinariamente con la Ley 38/2011. Antes de la reforma, la legitimación estaba restringida a las administraciones concursales de cada concurso y, en algunos casos, a una de ellas en exclusiva²³⁶. Esta restricción fue acogida con aprobación por la mayoría de la doctrina²³⁷, aunque no quedó exenta de crítica²³⁸.

Tras la reforma, la legitimación aparece estructurada de forma dual: así, viene atribuida no solo a cualquiera de las administraciones concursales de los concursos cuya acumulación se pretende²³⁹, sino también a cualquiera de los deudores concursados (art. 25 bis.1 LC). Sin embargo, como se ha señalado acertadamente, esta legitimación no es en realidad doble, sino triple, por cuanto viene atribuida también a cualquier acreedor²⁴⁰ y, aunque la legitimación de los acreedores tiene naturaleza subsidiaria (puesto que solo

²³⁴ V., por ejemplo, los AATS [1.ª] 22.12.2011 y 10.04.2012.

²³⁵ Expone sintéticamente la preferencia por la acumulación inicial GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 295.

²³⁶ Bajo el texto derogado, podían pedir la acumulación las administraciones concursales de cualquiera de los concursos de los cónyuges (antiguo art. 25.3 LC) y de los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondiesen personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de esta (antiguo art. 25.2 LC). En el caso de los grupos y de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica, solo ostentaban tal legitimación la administración concursal de la sociedad dominante o de la persona jurídica (antiguo art. 25.1 LC).

²³⁷ En este sentido se pronunciaron, entre otros, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, cit., p. 800; RODRÍGUEZ MERINO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 554; BONET NAVARRO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 238; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 522; GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 313. También v. AJM 1 Oviedo 31.5.2007.

²³⁸ Criticaba la restricción de la legitimación GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., pp. 136 y 137. Aisladamente se llegó a ampliar la legitimación para solicitar la acumulación a los acreedores (pese a la oposición manifestada por la administración concursal). V. AJM 1 Bilbao 30.12.2004.

²³⁹ La administración concursal de la sociedad dominante del grupo o de la persona jurídica han perdido así el rol directivo que ostentaban bajo la normativa anterior.

²⁴⁰ Antes de que la Ley 38/2011 modificase expresamente este punto, ya se había planteado si, pese a que el antiguo artículo 25 solo atribuía legitimación activa a la administración concursal de la dominante, resultaba admisible que la soliciten los acreedores como ocurre en la solicitud conjunta. Así, ORELLANA CANO, N. A., «Presupuestos de la declaración de concurso», en Sanjuán Muñoz (coord.): *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2008, p. 1022. La cuestión fue resuelta en sentido afirmativo por el AJM 1 Bilbao 30.12.2004, que reconoce legitimación activa al acreedor (pese a la oposición manifestada por la administración concursal) para solicitar la acumulación.

se activa en defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por alguna de las administraciones concursales), al no haberse establecido un plazo en el que necesariamente deba ser instada la acumulación por parte de estos últimos para que se active la legitimación de los acreedores, la subsidiariedad de la legitimación de los acreedores es solo aparente, y podrán instar la acumulación desde el primer momento y sin requerir previamente a la administración concursal, como ocurre, por ejemplo, en el caso de ejercicio de acciones del concursado (art. 54.4 LC)²⁴¹.

Conviene detenerse en que, para solicitar la acumulación posterior, no es necesario que el acreedor instante lo sea de todos los deudores respecto de cuyos concursos se pide la acumulación (a diferencia de lo que sucede en el caso de la acumulación inicial). El motivo principal es que la mera acumulación posterior de concursos no conlleva, a diferencia de la acumulación inicial, la declaración de los procedimientos. En otras palabras, la resolución que acuerda la acumulación posterior no produce los importantes efectos materiales y procesales propios de la resolución que acuerda la acumulación inicial (i. e., la declaración de los procedimientos conexos)²⁴², por lo que resulta coherente que los presupuestos de la primera sean distintos (más laxos)²⁴³.

En principio, la extensión de la legitimación para solicitar la acumulación posterior de concursos debe reputarse positiva²⁴⁴. Téngase en cuenta que, en última instancia, será el juez del concurso quien adopte la decisión al respecto. Ahora bien, aunque la administración concursal de cada concurso ya no ostente legitimación exclusiva, debe *necesariamente* ser oída por el juez antes de estimar o desestimar la solicitud procedente de cualquier otro legitimado. El motivo es obvio: es la administración concursal quien cuenta con más información sobre el procedimiento y quien, en consecuencia, es susceptible de emitir un juicio fundado en cuanto a la conveniencia de la acumulación.

²⁴¹ V. ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 47: «[E]n realidad la legitimación es triple, pues, pese a la aparente subsidiariedad, en la medida en que no se establece un plazo en el que necesariamente deba ser instada por las administraciones concursales o concursados, la acumulación podrá ser también instada por los acreedores desde el primer momento». También CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, cit., p. 110: «Ante el silencio de la Ley hay que entender que la legitimación que se reconoce a los acreedores es subsidiaria (en defecto de solicitud de acumulación formulada por la administración concursal o por cualquiera de los deudores concursados), pero sin que sea necesario [que] requieran previamente a la administración concursal».

²⁴² Recuérdese que el auto de declaración de concurso (sea o no una declaración conjunta de varios deudores) es una resolución de carácter constitutivo con eficacia erga omnes que no solo declara la preexistencia de una situación jurídica determinada (los presupuestos del concurso), sino también crea una nueva (los efectos procesales y materiales sobre las partes del procedimiento). V., sobre la naturaleza jurídica del auto de declaración de concurso, ROJO, A., y TIRADO, I., «Art. 21. Auto de declaración de concurso», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 472 y 473.

²⁴³ Así lo dice la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 30. V., también, la recomendación 206(c).

²⁴⁴ Coincide, de hecho, con lo que recomienda la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 29 y recomendación 206.

La duda que surge es si el juez debe recabar la opinión de todas las administraciones concursales de los concursos cuya acumulación se pretende o solo de la administración concursal del concurso al cual serían, en el caso de acordarse la medida, acumulados los demás. Aunque pueda generar un cierto retraso en la tramitación de la acumulación, estimamos conveniente, y coherente con el procedimiento para acumular que exponemos a continuación, que el informe en cuanto a la conveniencia de la acumulación se recabe de cada una de las administraciones concursales de los concursos que se pretenden acumular. Cada uno de estos órganos es, en efecto, el mejor posicionado para determinar el impacto que la acumulación puede tener en el concurso a su cargo y, en consecuencia, estimamos que su opinión debe ser oída y tenida en cuenta por el órgano jurisdiccional que decida sobre la acumulación.

Por último, cabe preguntarse si cabe la acumulación de oficio. De acuerdo con las consideraciones de la CNUDMI²⁴⁵ y algunas resoluciones aisladas dictadas antes de la reforma²⁴⁶, no parece existir inconveniente en admitir la legitimación de oficio²⁴⁷, siempre y cuando el órgano jurisdiccional oiga a las diversas administraciones concursales antes de adoptar una decisión²⁴⁸.

3. Procedimiento

El procedimiento a seguir para decretar la acumulación sobrevenida de concursos es uno de los aspectos menos regulados y que más problemas genera en la práctica. En los apartados que siguen intentaremos colmar estas lagunas acudiendo, mayoritariamente, al

²⁴⁵ A diferencia de lo que sucede con la acumulación inicial, en la acumulación sucesiva sí que tiene cabida la iniciativa de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales. Así lo reconoce también la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 29: «Sería conveniente que la coordinación procesal resulte lo más accesible posible y que quede a discreción del tribunal el considerar si la coordinación de los diversos procedimientos favorecería su administración. El tribunal podrá considerar si procede ordenar de oficio la coordinación procesal, particularmente en casos en los que se haya determinado que recurrir a la coordinación procesal sería provechoso para el grupo de empresas y facilitaría la administración de la insolvencia, pero ninguna parte legitimada para solicitarla lo haya hecho». Aunque ya hemos advertido de que no puede trasladarse sin más a la acumulación de concursos lo previsto en la normativa procesal civil general, resulta que en esta también se admite la acumulación de oficio en el caso de la acumulación de procesos declarativos (art. 75 LEC). Con carácter general, la acumulación de procesos no es un trámite imperativo para las partes, de modo que solo puede imponerse de oficio si el supuesto se encuadra en alguno de los supuestos previstos en la Ley, que son aquellos más susceptibles de generar fallos contradictorios (art. 76 LEC).

²⁴⁶ V. AJM 1 Las Palmas 15.10.2004 y AJM 5 Madrid 8.9.2008.

²⁴⁷ Contra, GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 314: «A pesar de los enormes poderes de oficio que se han concedido al juez del concurso, no se admite que pueda acordar de oficio la acumulación de concursos».

²⁴⁸ El principal motivo que podría llevarnos a rechazar el reconocimiento de la legitimación de oficio se centra en asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces (que de otra forma podrían albergar intereses de irrogarse la competencia sobre un gran número de concursos sin motivos suficientes en términos de coordinación). Sin embargo, la exigencia de informes a las distintas administraciones concursales y la necesidad de tenerlos en cuenta de cara a la fundamentación de la decisión relativa a la acumulación previene, a nuestro juicio, estos riesgos.

régimen de la acumulación de procesos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Régimen que, sin embargo, deberemos ajustar a la especial idiosincrasia del proceso concursal²⁴⁹.

3.1. Órgano jurisdiccional ante el cual debe presentarse la solicitud

La Ley Concursal no especifica ante qué juzgado debe presentarse la solicitud de acumulación²⁵⁰. Sin embargo, esta laguna es fácil de rellenar, si se entiende que la solicitud deberá presentarse ante el órgano jurisdiccional que sería competente para tramitar los concursos acumulados (i. e., el juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso, o en el caso de un grupo, el que estuviera conociendo del concurso de la sociedad dominante o bien, si esta no estuviese en concurso, el juez que primero hubiese conocido del concurso de las sociedades del grupo, v. art. 25 bis.3 LC)²⁵¹.

3.2. Temporaneidad de la solicitud

La Ley Concursal guarda silencio en cuanto al momento en el que cabe solicitar la acumulación²⁵². No refiere ni el término inicial ni el término final. Así pues, ha de determinarse, en primer lugar, desde qué momento se puede solicitar la acumulación. En segundo lugar habrá de precisarse hasta qué momento puede instarse.

Por lo que respecta al término inicial, parece no existir ningún requisito que lo acote, una vez ampliada la legitimación para solicitar la acumulación. Téngase en cuenta que, antes de la reforma, cuando la legitimación para solicitar la acumulación sobrevenida de los concursos venía atribuida en exclusiva a la administración concursal (antiguo art. 25 LC), no resultaba posible instar dicha acumulación en tanto esta no hubiese sido nombrada. Por consiguiente, la acumulación posterior puede solicitarse y acordarse en cualquier momento, una vez hayan sido declarados los concursos cuya acumulación se pretende.

²⁴⁹ Es también la opinión de ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 49. Contra, BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 560, que aboga por la directa aplicación del régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «La solicitud de acumulación no puede resolverse por el juez ante el que se debe presentar la misma de forma automática, dando lugar a un incidente que, ante la falta de regulación específica en la Ley Concursal, estimo que deberá tramitarse con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, merced a su carácter supletorio (disposición final 4.^ª). En consecuencia, dicho incidente de acumulación deberá regirse por lo dispuesto en la sección segunda del capítulo segundo del título III del Libro I de la ley procesal civil (arts. 81-85), si los distintos procesos penden ante el mismo tribunal, y por lo dispuesto en la sección tercera de idéntico capítulo, título y libro, si dichos procesos penden ante tribunales distintos (arts. 86-97)».

²⁵⁰ Contrariamente a lo que recomienda la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 32.

²⁵¹ Así se entendía por parte de los órganos jurisdiccionales también antes de la reforma de la Ley 38/2011. V., por todos, AAP Madrid [28.ª] 13.3.2009.

²⁵² Contrariamente a lo que aconseja la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, recomendación 205.

En cuanto al término final, al igual que ocurre con el término inicial, la ampliación de la legitimación ha eliminado el requisito de que la acumulación fuese instada antes de que cesase en su cargo la administración concursal (esto es, antes de que se dictase la sentencia aprobatoria del convenio, art. 133.2 LC, o el auto de conclusión del concurso, art. 178.1 LC, dependiendo de cuál fuese la solución del mismo). La flexibilidad que requiere la institución invita a realizar una interpretación lo más amplia posible, descartando soluciones que pudieran impedir el recurso a la acumulación por motivos preclusivos²⁵³. Así pues, la solicitud de acumulación podrá realizarse en cualquier momento tras la declaración de los concursos cuya acumulación se pretende²⁵⁴, ya sea durante la fase común, ya en un momento posterior²⁵⁵. A estos efectos, es irrelevante —en principio— que los concursos que se pretende acumular se encuentren en fases distintas. Ahora bien, sin duda, lo óptimo es que se resuelva acumular en un estadio temprano de los procedimientos, esto es, cuando se encuentren en la fase común. Adelantar la tramitación coordinada no solo maximiza los efectos positivos de la acumulación, sino que también neutraliza los eventuales efectos negativos (como, por ejemplo, que haya de separarse a una administración concursal para poder nombrar una administración concursal común). Pese a ello, no debe haber obstáculos a que la acumulación se solicite y se acuerde una vez finalizada la fase común, siempre y cuando las circunstancias lo justifiquen²⁵⁶. Esta

²⁵³ Por ejemplo, una opción sería considerar que la acumulación ha de solicitarse dentro del plazo que se concede para impugnar la competencia territorial del juez, esto es, en el plazo para interponer declinatoria de jurisdicción (art. 12 LC). Al fin y al cabo, en ambos casos se busca alterar la competencia territorial. El problema es que el plazo para interponer declinatoria es excesivamente breve (cinco o diez días, dependiendo de quién la interponga), por lo que, de aceptarse esta interpretación, el mecanismo de la acumulación quedaría infrautilizado y devendría, en última instancia, inútil. Otra solución podría consistir, tal vez, en acudir a lo establecido en los Ordenamientos que contemplan la extensión del concurso, como el francés. La solicitud de extensión del concurso se recomienda que sea adoptada cuanto antes, en concreto antes de que se haya tomado una decisión acerca del futuro de la sociedad (esto es, antes de que se apruebe un convenio o se abra la liquidación). V. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pp. 90 a 93. También podría acudirse, por analogía, a la acumulación de procesos declarativos al concurso (art. 51.1 LC). El motivo es que en dicho precepto sí que se establece un término final para solicitar la acumulación. Habría de entenderse, por lo tanto, que se considera un momento esencial o clave del concurso y que, en cuanto tal, puede emplearse como referencia también en la acumulación de concursos. Por ello, la solución que parecería más adecuada es que la acumulación tendrá que solicitarse por parte de la administración concursal antes de emitir su informe.

²⁵⁴ Así lo recomienda la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 27.

²⁵⁵ A favor de esta interpretación, GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., p. 174, quien, pese a recomendar que se haga en la fase común, no ve inconveniente a que se haga posteriormente. También GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 314, quien entiende que cuanto antes se acumule, mejor, ya que la acumulación pretende economizar recursos. Y CUADRADO PÉREZ, C., «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», cit., p. 247.

²⁵⁶ En palabras de GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 314: «Si no existen acreedores comunes parece que lo razonable es que tenga poca justificación una vez concluida la fase común. Si existen muchos acreedores comunes y se va a abrir la fase de convenio, parece que pueda estar justificada la acumulación con posterioridad, porque puede permitir coordinar los convenios e incluso señalar juntas en ambos procedimientos en la misma fecha disminuyendo el costo de su convocatoria. Si la razón que justifica la acumulación se encuentra en la confusión patrimonial, puede estar justificada la acumulación incluso durante la fase de liquidación. En suma, al no existir límite legal alguno, el momento

parece la solución más acorde con la finalidad del mecanismo, que no es otra que velar por los intereses de los concursos. Por eso debería poder hacerse incluso durante la pieza de calificación (por ejemplo, cuando a raíz de la imposición de responsabilidad concursal *ex art.* 172 bis LC, la persona afectada por la calificación culpable en varios concursos devenga insolvente, v., *infra*, capítulo X). Como es obvio, la conveniencia de la acumulación en un estadio tardío de los procedimientos se verá limitada por el impacto que pueda llegar a tener sobre los intereses de los distintos concursos, que irá disminuyendo hasta desaparecer por completo. Mas, por más inútil que —con carácter general— devenga la medida según avanza la tramitación separada de los concursos acumulables, no debe descartarse la procedencia de la acumulación en atención a razones meramente temporales²⁵⁷. Aunque la carencia de un término preclusivo puede atentar contra la seguridad jurídica, debería primar la flexibilidad del mecanismo, ya que los beneficios que eventualmente es susceptible de reportar superan los inconvenientes de la incertidumbre que genera.

3.3. La exigencia de un escrito razonado

Tanto antes como después de la reforma realizada por la Ley 38/2011, la norma se limita a exigir, lacónicamente, que la solicitud deberá hacerse «mediante escrito razonado». Este requisito ha generado ciertos problemas interpretativos. Puede, en efecto, entenderse que lo que debe «razonarse» o «justificarse» es la existencia de la situación que determina la conexión entre los concursos (por ejemplo, que existe un grupo de sociedades y que los deudores concursados pertenecen al mismo, o bien que dos personas físicas forman efectivamente un matrimonio)²⁵⁸. También puede interpretarse —y es la posición doctrinal mayoritaria— que la exigencia de razonamiento va más allá y abarca los

final hasta el que proceda la acumulación debe ser puesto en relación con la finalidad que en cada caso se pretenda con la acumulación». Sostiene, incluso, que sería admisible acumular tras la liquidación, cuando se hiciese a efectos de calificación. En similar sentido, ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 50, se pregunta si debe haber un momento preclusivo para acordar la acumulación. Dice que habrá que decidir atendiendo a las concretas circunstancias de cada concurso.

²⁵⁷ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 27 y 28: «No obstante, dado que el objetivo de la coordinación procesal es coordinar la administración de múltiples procedimientos, la viabilidad de presentar una solicitud en una etapa más avanzada de los procedimientos se vería limitada, en la práctica, por la utilidad de proceder de esa forma. En otras palabras, no se lograrían demasiadas ventajas al procurar coordinar procedimientos que están a punto de concluir. Por ello mismo, el momento en que alguna otra empresa del grupo pase a ser insolvente será lo que determine si cabe o no agregarla a un mandamiento de coordinación procesal existente». Y continúa diciendo que «Un régimen de la insolvencia podría adoptar el criterio de fijar una fecha límite para solicitar la coordinación procesal, a fin de ofrecer cierto grado de certidumbre. No obstante, como suele ocurrir con toda consideración relativa a la necesidad de una fecha límite, las ventajas de fijar ese límite deberán ser sopesadas frente a las posibles desventajas de la inflexibilidad resultante del mismo y de la necesidad de garantizar que esa fecha límite sea debidamente observada».

²⁵⁸ Así lo entiende DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 517. Afirma, en efecto, que en el escrito razonado ha de justificarse la existencia de una situación de grupo de sociedades al cual pertenezcan las dos concursadas.

motivos que justifican la conveniencia de acumular²⁵⁹. Esta última interpretación es, sin duda, la correcta. En puridad, porque la existencia de alguno de los supuestos de conexión no son hechos que, estrictamente, hayan de «razonarse», sino, más bien, «acreditarse o demostrarse». También porque la propia configuración de la acumulación de concursos (como algo que puede acordarse o no atendiendo a las concretas circunstancias del caso) denota que se trata de un mecanismo que puede resultar beneficioso o no. El hecho de que no siempre reporte ventajas e, incluso, pueda acarrear inconvenientes, determina que, antes de acordarla, sea necesario argumentar por qué procede la acumulación. El problema es que la conveniencia de la acumulación tiene necesariamente que examinarse conforme a criterios subjetivos y fundados en meras hipótesis. En otras palabras, es difícil e inexacto valorar a priori la conveniencia de acumular, dado que los resultados que de dicha acumulación se deriven solo podrán ser cuantificados y sopesados una vez concluidos los concursos.

Otro problema que plantea esta exigencia es que el escrito razonado deba presentarse no solo cuando quien solicita la acumulación es alguna de las administraciones concursales o uno de los deudores concursados, sino también cuando la solicitud proviene de alguno de los acreedores (art. 25 bis.1 y 2 LC). Como puede imaginarse, los acreedores son, en general, quienes menos información disponen acerca de los concretos vínculos que median entre los deudores²⁶⁰ y, por lo tanto, a quienes más dificultoso les puede resultar razonar la conveniencia de la acumulación. Por eso, aparte de atemperarse esta exigencia en el caso de los acreedores, procede, como ya se ha señalado, que el órgano jurisdiccional solicite a las administraciones concursales su opinión al respecto. Lo mismo puede afirmarse cuando la solicitud provenga de alguno de los deudores: si bien estos sí tendrán —o, al menos, se les supone— un conocimiento profundo de los vínculos entre ellos, no tienen por qué ser capaces de vaticinar los efectos que una eventual acumulación tendría sobre los intereses de los respectivos concursos. La ponderación de estos efectos debe dejarse, por lo tanto, a la administración concursal. Además, el hecho de oír a las distintas administraciones concursales prevendrá el acuerdo de la acumulación

²⁵⁹ Es la opinión, entre otros, de RODRÍGUEZ MERINO, A., «Acumulación de concursos», cit., p. 556; RIFÁ SOLER, J. M.^a, «Comentario al artículo 25», cit., p. 153; GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., pp. 294 y 295 y GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., pp. 13 y 138. Esta última autora entiende que «por razonado hay que entender una solicitud en la que quede debidamente justificado, tanto que se cumpla cualquiera de los supuestos de hecho regulados en el precepto, como que la acumulación de los procesos resulta aconsejable». Por su parte, LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 261, se pregunta si es necesario alegar o justificar la trascendencia concursal de la acumulación para que esta proceda, y concluye que, en caso de acumulación posterior, la respuesta «siempre ha de ser positiva, porque la acumulación de los concursos de sociedades debe estar justificada por la concurrencia de operaciones vinculadas (comerciales, financieras, laborales) o porque las sociedades formen una empresa común, en definitiva, que exista un interés de grupo. Si no es así, la acumulación de concursos carece de utilidad y nada va a aportar a la formación de las masas, determinación de responsabilidades o solución de la insolvencia».

²⁶⁰ El AJM 5 Madrid 15.1.2009 deniega una acumulación de concursos de grupo porque no se ha justificado la conveniencia de la tramitación conjunta, sin que se hayan aportado datos sobre acreedores o deudores comunes procedentes de operaciones interrelacionadas efectuadas por ambas sociedades.

sobre la base de motivaciones espurias (por ejemplo, en el caso de los acreedores o de los deudores, que pueden solicitarla en beneficio propio)²⁶¹.

3.4. La discrecionalidad del órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la solicitud

Si bien no se discute que la solicitud de acumulación tiene carácter potestativo (esto es, que los legitimados para ello pueden o no solicitarla, dependiendo de las circunstancias del caso)²⁶², resulta controvertido el margen de actuación del juez ante el cual se presenta dicha solicitud. En efecto, podría por un lado entenderse que, si bien la solicitud de acumulación tiene carácter facultativo para los legitimados para instarla, su decreto tiene carácter imperativo para el juez ante el cual se presenta dicha solicitud, quien únicamente podría controlar la concurrencia de los presupuestos procesales de la misma (a saber, la existencia de la conexión de que se trate: que las sociedades forman parte de un grupo, que los deudores son cónyuges o pareja de hecho inscrita, etc.). Conforme a esta postura, el juez ante el cual se presenta la solicitud no tendría margen de actuación alguno, ya que su intervención se limitaría a controlar requisitos meramente formales, sin poder ni deber entrar a valorar la conveniencia de la acumulación (conveniencia cuya determinación reviste un marcado carácter subjetivo al no poder determinarse conforme a reglas o criterios exactos)²⁶³. La postura contraria consiste en entender que el juez ante el cual se presenta la solicitud de acumulación goza de discrecionalidad a la hora de acordarla o no, en el sentido de que no solo puede, sino que incluso debe entrar a valorar la conveniencia u oportunidad de la acumulación²⁶⁴. Afirmar la discrecionalidad del órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la solicitud implica reconocer a su favor un margen de actuación. Sin embargo, tal reconocimiento debe ir acompañado del establecimiento de, al menos, un criterio que permita guiar la toma de la decisión (y, en su caso,

²⁶¹ También a favor de recabar en todo caso la opinión de la administración concursal, LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 262: «[C]uando la solicitud no parta de la administración concursal, parece razonable que esta, como órgano técnico del concurso, deba ser oída sobre la conveniencia o no de la acumulación en el oportuno incidente concursal».

²⁶² Entre otros, v. RIFÁ SOLER, J. M.^a, «Comentario al artículo 25», cit., p. 152.

²⁶³ La propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung* (*InsO-E*, de fecha 3.1.2013) acoge esta segunda postura, al entender que el reenvío es una discrecionalidad del órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la solicitud, que deberá examinar si reenviar el procedimiento redundaría o no en beneficio de los acreedores. Dicho órgano puede rechazar la solicitud y no inhibirse a favor del juez competente para conocer de las insolvencias de los miembros del grupo si el procedimiento de cuyo reenvío se trata se encontrase en un estadio avanzado y el administrador concursal hubiese adoptado ya múltiples medidas (§ 3b (1) *InsO-E*). Por el contrario, el reenvío es vinculante para el juez del grupo, que deberá aceptar la inhibición a su favor. Así se explica en la fundamentación del texto prelegislativo, que parte del principio general de la obligatoriedad de las decisiones de reenvío que rige en la normativa procesal civil general (v. gr., § 281 y § 506 *Zivilprozessordnung*).

²⁶⁴ Esta posición es la defendida por el ATS [1.^a] 22.12.2011, dictado bajo la vigencia del derogado texto de la Ley Concursal. Nos remitimos al tratamiento de la cuestión que realizamos en FLORES SEGURA, M., «La acumulación del concurso de la sociedad dominada al concurso de la sociedad dominante (ATS 22-12-2011)», *ADC* núm. 27 [2012], pp. 429 a 461. Algunos de los argumentos empleados entonces por el Alto Tribunal ya no resultan de aplicación, puesto que poco después se produjo la reforma de la Ley 38/11. Una postura similar a la mantenida en el ATS referido fue defendida en el AJM 12 Madrid 6.3.2012.

fiscalizarla posteriormente). El problema es que la Ley Concursal no dice nada al respecto.

Se trata de una cuestión a la cual hemos de aproximarnos con suma prudencia. La primera postura, que viene a negar la discrecionalidad del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la solicitud para acordarla o no, se basa en una analogía con lo que sucede en la normativa procesal civil general²⁶⁵. Así, se acepta generalmente que el órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la solicitud de acumulación de procesos pueda rechazarla *ad limine*, pero solo por requisitos formales²⁶⁶. Téngase en cuenta que, entre estos requisitos formales, también está la exigencia de que se especifiquen las «razones que justifican la acumulación» (art. 81 LEC). Se trata de un requisito que podría denominarse mixto (a medio camino entre lo formal y lo material), ya que su cumplimiento no puede controlarse sin un examen del fondo. En otras palabras, no basta con controlar que se han enumerado una serie de razones justificativas de la acumulación, sino que es necesario verificar, siquiera someramente, que las mismas no son espurias o claramente absurdas o infundadas. Es decir, ha de comprobar que las razones justificativas son tales.

Sin embargo, el criterio que debe primar en la decisión acerca de la conveniencia de la acumulación es el de las administraciones concursales de los concursos cuya acumulación se pretende, en tanto que órganos gestores de estos concursos, quienes siguen de cerca los procedimientos y cuentan con mayor información al respecto. Por ello, aunque la conveniencia de la acumulación de concursos haya de basarse en la formulación de un juicio hipotético y apriorístico sobre los eventuales efectos de la misma, quien mejor situada está para formular dicho juicio sobre la base de las circunstancias del caso concreto es cada administración concursal. El juez ante el cual se presenta la solicitud debe, por lo tanto, recabar la opinión de estas (tanto si la acumulación la solicita una de las administraciones concursales como si la solicita un deudor o un acreedor) y confiar en el criterio de estos órganos. Son las administraciones concursales quienes están en mejor posición de determinar el impacto —positivo o negativo— que la acumulación puede

²⁶⁵ Así opina LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 262: «Como en el supuesto de la solicitud acumulada de concursos, necesariamente el juez competente conforme a las reglas del artículo 25 ter.3 deberá decretar la acumulación, si se cumplen los requisitos del apartado 1.1.º anterior del mismo artículo, se ha solicitado por escrito razonado de un peticionario legitimado e informe favorable de la administración concursal».

²⁶⁶ A pesar de que la regulación de la acumulación de procesos pendientes ante distintos tribunales establezca que el Secretario Judicial habrá de dar noticia al tribunal requerido «tan pronto como se pida la acumulación» (art. 88.3 LEC), parece más coherente aplicar por analogía lo previsto para la tramitación de acumulación de procesos pendientes ante el mismo tribunal, donde se permite al juez ante el cual se presenta la solicitud el rechazar *ad limine* la misma cuando no contenga los requisitos procesales y formales necesarios (art. 82 LEC). V. GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid, 2000, p. 178. Los requisitos formales motivadores del rechazo *ad limine* de la solicitud se basan en cuestiones relativas a la homogeneidad y compatibilidad de los procesos y de los requisitos de la solicitud. Así, que la acumulación no fuera procedente por razón de la clase y tipo de los procesos, de su estado procesal y demás requisitos procesales establecidos en los artículos anteriores (art. 82 LEC). Apreciado alguno de los vicios a que se refiere el precepto, el rechazo de la solicitud es forzoso para el tribunal, no facultativo.

tener sobre el concurso a su cargo. El juez ante el cual se haya solicitado la acumulación deberá adoptar una decisión motivada, pero con fundamento en los pareceres de las administraciones concursales. Si una de ellas se mostrase contraria a la acumulación y otra se mostrase favorable (supuesto plausible cuando menos, por cuanto la acumulación puede implicar el cese de una de ellas), el juez deberá motivar el auto que acuerde o deniegue la acumulación.

3.5. El papel del órgano jurisdiccional requerido de inhibición

Es esta una cuestión sumamente delicada y susceptible de tener graves efectos en la práctica. Además, ha sido objeto de decisiones oscilantes por parte del Tribunal Supremo, que ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones cercanas en el tiempo y, a pesar de ello, con decisiones contrapuestas.

Bajo este apartado analizamos si el órgano requerido de inhibición (esto es, el/los tribunal/es a los cuales se les retira la competencia para conocer de los concursos que estaban tramitando para que estos pasen a ser conocidos por un mismo juez) puede oponerse a la acumulación ya decretada por otro órgano jurisdiccional. La Ley Concursal guarda, una vez más, silencio al respecto. Una aplicación analógica del régimen de acumulación de procesos declarativos nos conduciría a reconocer al órgano requerido de inhibición la facultad de oponerse a la misma (art. 91 LEC)²⁶⁷. El rechazo de la acumulación se fundaría entonces en que el tribunal requerido la estima «improcedente» (art. 93.1 LEC).

Esta facultad de rechazar la acumulación la concedió, sobre la base del anterior argumento, el ATS [1.ª] 22.12.2011. Nótese que no se trata de un control de la concurrencia de los requisitos formales necesarios para que la acumulación sea admisible. El cumplimiento de estos requisitos, recordemos, ya habría sido controlado por el juez ante el cual se presentó la solicitud de acumulación (v., supra, 3.4). Al contrario, lo que se permitió en el supuesto comentado es que el juez requerido de inhibición entrase a valorar el fondo de la cuestión, esto es, la conveniencia de la acumulación. Esta conveniencia, al descansar sobre juicios hipotéticos y valoraciones a priori, resulta muy discutible y variable en función de las circunstancias tenidas en cuenta, que no siempre serán las que deberían. En esta resolución, el Alto Tribunal autorizó al juez requerido de inhibición a realizar un control de la oportunidad o conveniencia de la acumulación mediante la ponderación de todos los intereses en juego. Es decir, que la facultad de supervisión que se concedió al órgano requerido no era un mero control de los requisitos formales, sino un control sobre el fondo y, además, sobre cuestiones altamente técnicas y también marcadamente subjetivas al depender de juicios hipotéticos. El problema de esta

²⁶⁷ En la regulación de la acumulación de procesos se concede al órgano requerido de inhibición la facultad de denegar este requerimiento, siempre y cuando alguna de las partes ante él personadas se opongan a la acumulación (art. 91 LEC). Si ninguna de las partes personadas ante el tribunal requerido se opusiere a la acumulación o si no alegaren datos o argumentos distintos de los alegados ante el tribunal requirente, el tribunal requerido solo podrá fundar su negativa al requerimiento en que la acumulación debe hacerse a los procesos pendientes ante el tribunal requerido (art. 91.2 LEC).

interpretación radicaba en que el hecho de permitir a diversos órganos analizar la conveniencia de la acumulación abriría la puerta a conflictos de competencia positivos, cuya resolución generaría una fuerte demora en la tramitación de los procedimientos y podría, incluso, llegar a frustrar la finalidad de la acumulación.

Sin embargo, pocos meses después, el Alto Tribunal dictó un nuevo auto (ATS [1.ª] 10.4.2012) en un supuesto idéntico²⁶⁸ pero cambió de criterio. Pasó, de defender con rotundidad la competencia del órgano jurisdiccional requerido de inhibición para entrar a valorar la conveniencia de la acumulación, a afirmar lacónicamente que la acumulación la ha de decidir, sin más, el juez ante el cual se presenta la solicitud, y así daba a entender que el órgano requerido de inhibición carece de margen para oponerse al requerimiento²⁶⁹. Es esta nueva postura del Tribunal Supremo la que estimamos correcta, por ser más acorde con los objetivos de la Ley Concursal, especialmente con el principio de celeridad procesal. La satisfacción por la rectificación del criterio mantenido por el Alto Tribunal va acompañada, empero, de un regusto amargo y de una cierta incomodidad, debido a la inestabilidad de los fallos del mismo en materia de acumulación de concursos. Estos vaivenes generan una fuerte inseguridad jurídica para deudores, acreedores, órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia y administradores concursales. En tanto no exista un criterio asentado sobre la competencia para determinar la procedencia o improcedencia de la acumulación de concursos y los criterios que deben tenerse en cuenta, seguirán produciéndose conflictos de competencia entre juzgados, con las consiguientes dilaciones procedimentales y perjuicios para los acreedores y deudores. Pero además, la desazón que genera este segundo auto, pese a mantener, a nuestro juicio, un criterio acertado, se debe, sobre todo, al laconismo del mismo. Se echa de menos una exposición de las razones que justificaron el cambio (por ejemplo, el descubrimiento de nuevos puntos de vista considerados preferibles, la obsolescencia o superación de la solución anterior, etc.)²⁷⁰. Se trata, en definitiva, de una cuestión no zanjada todavía.

²⁶⁸ V., al respecto, FLORES, M., «En torno a la competencia judicial en materia de acumulación de concursos (ATS 10-04-2012)», *ADCo*, núm. 28 (2013), pp. 411 a 425.

²⁶⁹ Al menos, carece de competencia para enjuiciar la conveniencia u oportunidad de la medida. Podría defenderse, en todo caso, que puede controlar la concurrencia de los presupuestos procesales, pero en la práctica este control no debería tener un gran protagonismo, dado que estos presupuestos ya los habrá controlado el juez ante el cual se presente la solicitud de acumulación. En parecido sentido parece manifestarse LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 262: «La norma nada dice respecto del Juez del concurso cuya acumulación se solicita, por ello es de suponer que carece de facultad de oponerse a la acumulación, salvo que cuestione la competencia del Juzgado requirente por aplicación indebida de la regla del artículo 25bis.3 y se promueva una cuestión de competencia. Es decir, por razones procesales».

²⁷⁰ El Tribunal Supremo se limita a afirmar que la acumulación debe decidirla el juez del concurso de la sociedad dominante, fundamentando tal afirmación en el apartado 4 del artículo 25 de la Ley Concursal. Ha de entenderse que la referencia normativa es un lapsus del Alto Tribunal (el precepto en el cual el Tribunal aparentemente fundamenta su decisión reza: «La acumulación prevista en este artículo procederá aunque los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados, sin perjuicio del condicionamiento recíproco de los convenios, conforme a lo previsto en el artículo 101»). Obviamente, no tiene sentido, por lo que se colige que el precepto que ampara la conclusión del Tribunal es el apartado 4 del artículo 10 de la norma, en su redacción anterior a la reforma), y que lo que pretendía afirmar es que la competencia se

3.6. La publicidad del acuerdo de acumulación

El tema de la publicidad que haya de dársele al acuerdo de acumulación solo atañe, como puede imaginarse, a la acumulación posterior²⁷¹. En efecto, cuando la acumulación se decreta una vez declarados los diversos concursos, puede ser recomendable darle la publicidad adecuada para que de ello tengan conocimiento no solo los acreedores personados en cada procedimiento, sino también aquellos que no lo estén u otros interesados²⁷². Recuérdese que, sin perjuicio de las reglas imperativas sobre publicidad que contiene la Ley Concursal (cuyo objeto principal es, obviamente, la declaración de concurso), el juez del concurso goza de libertad para ordenar discrecionalmente otra forma de publicidad, ampliando la legal (art. 23.2 LC).

En cuanto a los medios de publicidad que resultan más adecuados, parece que deben primar los telemáticos, cuya manifestación más importante es el Registro Público Concursal (art. 198 LC), pero que también incluyen otros medios informáticos o electrónicos que el legislador español quiere que sean el medio preferente para hacer efectiva la publicidad de la declaración del concurso y de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, siempre que queden garantizadas la seguridad y la integridad de las comunicaciones (art. 23.1 LC)²⁷³. Además, los medios telemáticos resultan óptimos para procurar notificaciones colectivas (por ejemplo, mediante avisos en páginas web), imprescindibles cuando exista (como previsiblemente ocurrirá en los supuestos de concursos conexos) un elevado número de acreedores.

3.7. Recurso contra el auto que acuerda la acumulación

Aunque no se dice nada respecto a la posibilidad de oír a los deudores ni a los acreedores (en acumulación sobrevenida), podrían interponer recurso de reposición contra el auto

fundamenta en el apartado 4 del artículo 10 (que, en el texto anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011 rezaba que «[e]n los casos de solicitud de declaración conjunta de concurso de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante. La misma regla se aplicará para determinar el juez competente para la tramitación de concursos acumulados»).

²⁷¹ La acumulación inicial comporta la declaración conjunta de los concursos conexos, a la cual habrá que darle la publicidad preceptiva (art. 23 LC).

²⁷² Así lo aconseja la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 35 y 36 y recomendación 210: «El régimen de la insolvencia debería definir reglas para la notificación de las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal y para su modificación o revocación eventual, precisando, por ejemplo, el alcance de la coordinación ordenada, las partes a quienes se haya de notificar y quién habrá de hacerlo, y el contenido de la notificación».

²⁷³ La preferencia por los medios telemáticos no conlleva la imposibilidad de acudir a medios tradicionales, como la publicación de anuncios en prensa privada (impresa) o de edictos en el tablón de anuncios del juzgado. V., al respecto, CURIEL LORENTE, F., «Publicidad del Concurso», en Beltrán y García Cruces (dirs.): *Enciclopedia de Derecho concursal*, tomo II, Pamplona [Thomson Reuters-Aranzadi], pp. 2479 a 2483. Sin embargo, la inmediatez, el alcance y el bajo coste de los medios telemáticos justifican la preferencia del legislador hacia los mismos.

que, en su caso, declare la procedencia de la acumulación, si no estuvieran conformes (art. 197.3 LC)²⁷⁴.

III. Los efectos de la acumulación de concursos

Según el momento en el cual se produce, puede hablarse de coordinación durante la fase común del concurso, durante la solución del concurso (convenio o liquidación) o durante ambas. Por otro lado, y en función de la naturaleza de las medidas de coordinación, estas pueden ser estrictamente procedimentales o bien de carácter personal o institucional. Estas categorías no son, en modo alguno, excluyentes, sino que (y será lo más habitual) pueden coexistir y combinarse. Por ejemplo, el nombramiento de una administración concursal común es una medida de coordinación a nivel personal o institucional que afecta tanto a la fase común como a las fases de convenio o liquidación (puesto que, como es sabido, la administración concursal no cesa hasta que no se aprueba judicialmente el convenio, art. 133.2 LC, o hasta que no concluye el concurso, arts. 176 y 178 LC). Lo mismo ocurre con la concentración de las competencias judiciales, ya que se trata de una medida que se mantiene durante todas las fases del concurso. En cambio, otros mecanismos, en tanto que medidas estrictamente procedimentales, tienen un ámbito mucho más acotado. Por ejemplo, la posibilidad de solicitar conjuntamente la declaración de concurso es una medida de coordinación ceñida a la fase de declaración de los concursos (aunque el efecto que conlleva la concentración de competencias judiciales no lo sea).

1. La coordinación institucional o personal: el juez y la administración concursal en los concursos conexos

La coordinación a nivel institucional (si nos referimos al cargo) o personal (si nos referimos a la persona que lo ocupa) puede establecerse en dos niveles diferentes: a nivel del órgano jurisdiccional y a nivel del órgano gestor del concurso (o administración concursal). Se trata de una vertiente sumamente importante del modelo de coordinación de los procedimientos²⁷⁵.

Pese a que ambos modos de coordinación son independientes entre sí (puede coordinarse a nivel judicial y no a nivel de la administración concursal, y viceversa), la combinación de ambos parece la solución óptima²⁷⁶ por la labor complementaria que ambos órganos

²⁷⁴ Se refiere a ello RODRÍGUEZ MERINO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 556.

²⁷⁵ Es también un aspecto común en el tratamiento de los concursos conexos. En Italia, por ejemplo, aparece tanto en el caso de los grupos, como en el caso de la sociedad y el socio ilimitadamente responsable. En cuanto a los primeros (art. 85.1 d.lgs. 8 julio 1999, n.º 270), v. COSTA, C., y PAPPALARDO, A., «Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese», cit., p. 680. Sobre el commissario straordinario, v., por todos, NIGRO, A., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, cit., pp. 53 y ss., y LIBONATI, B., *Il gruppo insolvente*, 2.ª ed., Florencia [Nardini], 1983, p.148.

²⁷⁶ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 357 y *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 469; KÜBLER, B., «Konzern und Insolvenz. Zur Durchstellung konzernmäßiger Sanierungsziele an den Beispielfällen AEG

desempeñan. Las cuestiones relativas a la concentración de competencias judiciales en los concursos conexos (esto es, a la existencia de un juez común que conozca de los mismos) se abordan en el capítulo V (v., infra). La problemática en torno a la administración concursal en los concursos conexos se aborda en el capítulo VI (v., también, infra).

2. La coordinación procedimental

2.1. El alcance de la unidad del procedimiento

El hecho de que diversos procedimientos, en principio autónomos e independientes, se coordinen a algunos efectos conduce a la pregunta acerca de en qué medida se trata de varios procedimientos o si se aproxima de alguna forma a un procedimiento único. El alcance de la unidad del procedimiento como resultado de la acumulación es una cuestión que ha generado amplio debate. Para analizar esta cuestión nos basaremos en la doctrina italiana, que ha estudiado el asunto a raíz de la extensión del *fallimento* de la sociedad al socio ilimitadamente responsable (art. 147 *l.fall.*). Ciertamente, tal supuesto no es, en puridad, un supuesto de acumulación de concursos, sino de extensión del concurso: la causa de la declaración de concurso del socio es la declaración de concurso de la sociedad (hay una relación de interdependencia entre los concursos a nivel de la declaración)²⁷⁷, la conclusión de este determina la de aquel²⁷⁸ y la insinuación del crédito tiene efectos en ambos concursos. Sin embargo, las similitudes en los efectos coordinativos (mismo juez y mismo órgano gestor del concurso) hacen que el análisis de la doctrina italiana resulte de interés.

Existen tres grandes grupos de teorías: las monistas, las pluralistas y las intermedias²⁷⁹. Naturalmente, dentro de cada grupo existen posturas más radicales y más matizadas que

und Korf», cit., p. 570 y ss.; BONSIGNORI, A., «Il fallimento delle società di persone: gli aspetti processuali», en Galgano (dir.): *Il fallimento delle società*, Padua [CEDAM], 1988, t. X, p. 165.

²⁷⁷ V., entre otros, PROVINCIALI, R., y RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 747; DE FERRA, G., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 312; MAZZOCA, D., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 507; SATTA, S., *Diritto fallimentare*, cit., p. 420.

²⁷⁸ Respecto a la conclusión de los procedimientos, la doctrina se muestra unánime en cuanto a que la conclusión del concurso de la sociedad provoca la del socio en caso de «integrale riparto dell'attivo o per sua mancanza», pero se muestra dividida respecto a si pasa eso en caso «di chiusura per estenzione o mancanza del passivo». Un resumen de las diversas posturas puede encontrarse en MAZZOCA, D., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 515. Por ejemplo, PAJARDI considera que la clausura del concurso de la sociedad debe implicar en todo caso la clausura del concurso del socio, puesto que la postura contraria implicaría defender un ilegítimo concurso autónomo (el del socio). V. PAJARDI, P., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 608. También, en este sentido, PROVINCIALI, R., y RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 747: «La revoca del fallimento della società non può, infatti, non avere ripercussione sui fallimenti dei singoli soci (*simul stabunt, simul cadunt*)». Lo que sí parece claro es que, siendo el concurso del socio dependiente del concurso de la sociedad, no puede el primero concluir antes que el segundo: «Essendo il fallimento individuale dipendente da quello sociale non ci sembra, comunque, che il primo possa essere chiuso prima di questo».

²⁷⁹ Utilizaremos la clasificación de BONSIGNORI, A., «Il fallimento delle società di persone: gli aspetti processuali», cit., p. 165. Este autor establece una clasificación en solo dos categorías (las teorías pluralistas y las monistas), pero en este trabajo incluiremos, con estrictos fines expositivos, una tercera categoría: las teorías mixtas.

otras. Así, la teoría monista extrema se limita a postular *l'unicità del fallimento*. Otra teoría, que podría denominarse monista moderada, concluye la unicidad del *fallimento* a partir de la unicidad de los órganos del mismo (*tribunale fallimentare, giudice delegato y curatore*) y del hecho de que la insinuación de un crédito en el *fallimento* de la sociedad tiene efectos per se en el *fallimento* del socio. Ahora bien, dicha unicidad está atemperada por cuanto concierne a los patrimonios de la sociedad y del socio, que se mantienen separados y distintos²⁸⁰. Otra versión de la misma teoría monista moderada afirma la unicidad del *fallimento*, pero insistiendo en que las declaraciones de *fallimento* son distintas y en que estos no pierden su identidad. Ello no obsta a que ambos *fallimenti* estén reunidos en un único proceso y a que tengan un desarrollo paralelo hasta su conclusión común²⁸¹.

Aún más variopinto es el panorama de las teorías pluralistas. Al lado de la tesis pluralista extrema, conforme a la cual estamos ante varios *fallimenti* distintos, existen varias teorías moderadas. Según una de ellas, pese a que podría pensarse que estamos ante una reunión de procesos (i. e., una acumulación) por la faceta personal (en la medida en que los órganos de los concursos son los mismos), la diversidad de las masas pasivas revelaría que estamos ante concursos distintos²⁸².

El tercer grupo de teorías, las intermedias o mixtas, son las más aceptadas. Se sostiene que se trata de *fallimenti* coordinados, pero distintos, o bien conectados, pero diferentes, sin que ello signifique que se trata de *fallimenti* totalmente autónomos²⁸³. Son concursos formalmente distintos, pero a la vez íntimamente relacionados, porque a pesar de la neta separación de los patrimonios de los diversos deudores, la vinculación entre estos

²⁸⁰ V. PAJARDI, P., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 611.

²⁸¹ V. MAZZOCA, D., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 511.

²⁸² V. SATTA, S., *Diritto fallimentare*, cit., p. 432. También en este sentido RAFFAELLI, G.A., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 342, que habla de «unità di gestione» y de «distinzione di masse attive e passive», en los términos que a continuación se reproducen: «Stabilisce la legge che il Tribunale nomini nel fallimento delle società in nome collettivo, ed in quelli consequenziali dei soci, un unico giudice delegato ed un unico curatore, ma tale comunanza di organi significa solo unicITÀ di direzione e di gestione, non fusione dei fallimenti e pertanto questi rimangono sempre distinti nelle relative masse attiva e passiva. L'asse della società deve tenersi distinto da quello di ciascun socio, tanto nella formazione dell'inventario, quanto nelle operazioni dell'amministrazione e della liquidazione dell'attivo e del passivo». Este autor reseña a continuación los efectos de la separación de las masas, en los siguientes términos: «La separazione della massa attiva importa che si proceda a separati verbali di apposizione e remozione di sigili, a separati inventari e che tutta l'amministrazione sia separatamente tenuta per ciascun patrimonio e non come se si trattasse di patrimonio unico. La separazione delle masse passive produce conseguenze piú importanti: la verifica dei crediti dovrà farsi con verbali distinti a seconda delle diverse masse passive cui si riferiscono; nella massa sociale sono ammessi i creditori della società ed i soci solo in quanto essi vantino dei crediti verso la società, ma i creditori particolari dei singoli soci non sono ammessi al passivo del fallimento della società [...]. La retrodatazione della cessazione dei pagamenti non può essere uniforme per il fallimento della società e per quelli personali dei soci, ma deve essere oggetto di procedure particolari e separate. Gli organi fallimentari che sono diretta emanazione della massa concorrente, assemblea e delegazione di vigilanza, debbono essere diversi e distinti». Insiste en que no hay inconveniente en que en la práctica se reúnan las diversas juntas de acreedores en la misma fecha y en el mismo lugar, siempre y cuando deliberen sobre sus asuntos de forma separada.

²⁸³ V. PROVINCIALI, R., y RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 752.

recomienda unos órganos comunes²⁸⁴. También existe una postura, cercana a las teorías monísticas, conforme a la cual se defiende una reunión o acumulación de procesos conexos²⁸⁵, en cuyo caso se insiste en los fines de economía y certeza²⁸⁶.

A excepción de las teorías monistas extremas (que postulan sin más la unidad del proceso) y las pluralistas extremas (que defienden la total independencia de los diversos concursos), las demás teorías expuestas en los párrafos que anteceden pueden ser trasladadas al caso español. En efecto, los concursos acumulados no son completamente autónomos, ya que descansan en las manos del mismo órgano jurisdiccional y, eventualmente, compartirán una única administración concursal²⁸⁷. Además, caben medidas adicionales de coordinación a nivel de la tramitación o de la solución de los concursos²⁸⁸. Sin embargo, no puede afirmarse sin más la unidad de los diversos concursos, porque las masas activas y pasivas de cada deudor permanecen separadas y porque, con la actual configuración legal, es necesaria la personalidad jurídica para ser sujeto pasivo de un proceso concursal²⁸⁹. Téngase en cuenta, por último, que no resulta sencilla la tarea de definir el alcance de la relación entre los concursos conexos acumulados²⁹⁰, porque, aun siendo varios y estando en buena parte separados, también existen vínculos procesales que los acercan.

2.2. La coordinación en la fase solutoria de los concursos conexos

El tratamiento específico de los concursos conexos también puede reflejarse en las fases de solución de los mismos, sean estas convenidas o liquidatorias. Si bien las dos únicas y alternativas soluciones del concurso tienen la misma finalidad (a saber, la satisfacción de los acreedores), el convenio pretende conseguir esta satisfacción mediante el establecimiento de quitas, esperas o ambas (art. 100.1 LC) y, por regla general, manteniendo la continuidad de la actividad; mientras que la liquidación pretende conseguir esa misma finalidad mediante la conversión en dinero del activo concursal, preferiblemente mediante la enajenación unitaria del conjunto de la empresa (art. 148.1 LC).

La coordinación en esta fase se revela como relevante especialmente en el caso de los grupos. Por un lado, a menudo la decisión acerca de la viabilidad futura de una sociedad

²⁸⁴ V. DE FERRA, G., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 319. También PAPPALARDO, A., «Le società con soci illimitatamente responsabili», cit., p. 137. En idéntico sentido, ALESSI, G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milán [Giuffrè], 2000, p. 93.

²⁸⁵V. ALVINO, E., «Connessione tra fallimenti distinti», *Dir. fall.*, núm. 34 (1959), pp. 944 a 950.

²⁸⁶ V. DE SEMO, G., *Diritto fallimentare*, cit., p. 512, basándose en CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 240.

²⁸⁷ V., *infra*, capítulo VI.

²⁸⁸ V., *infra*, capítulos VII, VIII, IX y X.

²⁸⁹ Con la única excepción de la herencia yacente (art. 1.2 LC).

²⁹⁰ La dificultad de la tarea la expone perfectamente MUCCIARELLI, G., «Impresa e impresa del gruppo nella nuova legge sull'amministrazione straordinaria», *Riv. soc.*, núm. 45 (2000), p. 914, quien habla de dar cuerpo a la abstracta perspectiva de la «unidad en la pluralidad».

o de su necesaria eliminación del mercado ha de realizarse teniendo en cuenta su pertenencia a una unidad productiva mayor en la cual está integrada (i. e., el grupo). Por otro lado, y a la inversa, dicha decisión puede tener inevitables efectos sobre la viabilidad del resto de sociedades que conformen el grupo²⁹¹. Puede pensarse en un castillo de naipes como símil del grupo. Retirar una determinada carta puede hacer que se derrumbe todo el castillo y, a su vez, ha de tenerse en cuenta la posición del naipe en el castillo antes de tomar una decisión respecto a la eliminación o mantenimiento del mismo. Cuando no existen mecanismos de coordinación y se mantienen aislados los diversos concursos, las decisiones acerca del destino de cada miembro del grupo se toman de forma descentralizada. Esto es, sin duda alguna, algo legítimo, pero puede ser perjudicial para el conjunto de los acreedores al no ser la solución óptima desde un punto de vista económico. Además, la decisión acerca de la eliminación del mercado de las empresas «enfermas» no es baladí, ya que puede tener importantes efectos liberadores para el mercado²⁹².

La coordinación en las fases solutorias de los concursos conexos se aborda en los capítulos VIII y IX. Ha de advertirse, sin embargo, que es la solución convenida la que ha centrado la atención legislativa y doctrinal, sin que apenas se encuentren referencias a la coordinación en la fase de liquidación. Pese a ello, en el presente trabajo se analizan las posibilidades de coordinación tanto en fase de convenio como en fase de liquidación. No hacerlo implicaría ignorar que, frente a la pretendida preferencia de la Ley Concursal por la solución convenida²⁹³, el convenio y la liquidación son dos instrumentos para la satisfacción de los acreedores que se sitúan en igual nivel de preferencia legal²⁹⁴.

²⁹¹ V. BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, Berlín [Duncker & Humblot], 2009, p. 287 y GRAU, C., en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., pp. 121 y 122.

²⁹² Así lo afirma MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 544. Ciertamente, sin embargo, que este mismo autor se pregunta también acerca de lo que se conoce acerca de la deseabilidad o la conveniencia de «reanimar» empresas (que, según él, es muy poco): «Es macht mich unsicher, was wir über die Wünschbarkeit der Reanimation von Unternehmen wissen: Es scheint mir viel zu wenig zu sein».

²⁹³ Ciertamente, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal afirma que el convenio es la solución normal del concurso, y del articulado de la norma se desprende una preferencia de carácter formal a favor del convenio, en el sentido de que deberá abrirse la fase de convenio siempre que el deudor no hubiera solicitado la apertura de la liquidación (art. 111.1 LC) y de que, mientras el fracaso del convenio determinará la conversión de la fase del convenio en la fase de liquidación, la apertura de la fase de liquidación tiene carácter irreversible. Además, la Ley trata de incentivar la solución convenida con algunas medidas concretas, como la posibilidad de alcanzar un convenio anticipado, las especialidades en cuanto a la apertura de la sección de calificación, etc. En este sentido, v. GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., p. 169.

²⁹⁴ En palabras de los profesores ROJO y BELTRÁN: «[L]a Ley Concursal prevé dos únicas y alternativas soluciones al concurso de acreedores: el convenio [...] y la liquidación [...]. La finalidad de estas dos soluciones es la misma: una vez determinado el activo y el pasivo concursales durante la fase común, tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores. Y más adelante: el *favor convenii* no constituye un principio general que esté expresa o implícitamente recogido en el articulado de la Ley 22/2003, de 9 de julio». V. ROJO, A., y BELTRÁN, E., «Comentario previo al Título V», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1849 y 1850. Insiste en

2.3. El acompasamiento de los concursos acumulados

Podría pensarse que la acumulación conlleva el tratamiento acompasado o simultáneo de los concursos acumulados. Sin embargo, no es así. Es cierto que, si la acumulación es inicial (esto es, si procede de la declaración conjunta de los concursos conexos), coincidirán, en principio, los plazos para que la(s) administración(es) concursal(es) presenten sus informes. Pero puede ocurrir que en alguno de los concursos la administración concursal solicite una prórroga para entregar el informe, o bien que en uno de los concursos se produzcan muchas impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, mientras que en otro concurso tales impugnaciones apenas existan o sean muy sencillas.

Tanto si la acumulación es inicial como si es posterior puede suceder, por lo tanto, que la fase común se cierre en algunos concursos antes que en los restantes. Cada concurso tiene, pues, su propio tempo. Se ha planteado si el juez que conozca de los concursos conexos acumulados podría suspender la tramitación del procedimiento más avanzado para conceder margen y que así los diversos concursos transcurran de forma simultánea²⁹⁵. Se trata de una cuestión delicada ya que, si bien el acompasamiento de los procedimientos puede resultar beneficioso (especialmente en la fase solutoria, por ejemplo de cara a la coordinación de convenios y la reorganización de un grupo en su conjunto), la suspensión de la tramitación de uno o varios de ellos contraviene el principio de celeridad procesal que debe regir en sede concursal. Por ello, solo excepcionalmente podría producirse tal suspensión y solo cuando el juez, asesorado por la administración concursal (si fuese unitaria) o por las administraciones concursales (si no se hubiese designado un órgano común), estime que la tramitación simultánea de los concursos redundará en el mayor interés de los mismos.

3. La relación entre mecanismos de coordinación

La clasificación de los mecanismos de coordinación que hemos expuesto en las páginas que anteceden no obsta a que existan intensas relaciones entre los mismos. Por ejemplo, en aquellos casos en que se opte por coordinar las soluciones de los diversos concursos

esto TIRADO, que afirma que «[a]unque la Exposición de Motivos de la Ley señale su predilección por la solución pactada, se trata de una declaración de intenciones que posteriormente solo se traduce en el articulado en el aspecto temporal: la Ley crea un iter procedimental en el que, salvo determinadas circunstancias, se pasa de una fase común instrumental al convenio; al que, en su caso, seguirá la liquidación. Pero ahí termina la preferencia, como demuestra el hecho de que el propio deudor pueda impedir el convenio desde el principio o que los acreedores, principales protegidos por el “interés concursal”, puedan rechazar el acuerdo si no beneficia a sus intereses». V. TIRADO, I., «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», cit., pp. 1055 a 1108.

²⁹⁵ A favor de esta posibilidad se muestra ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 50: «En este caso, la coordinación de las tramitaciones aconsejará en principio no abrir la fase de convenio o liquidación hasta que todos los concursos estén en condición de hacerlo. Nótese por tanto que dicha coordinación supondrá frecuentemente de fácto una ralentización en la tramitación de los concursos que estuvieren más avanzados».

será increíblemente relevante la existencia de una administración concursal común, que habrá de actuar como mediadora entre los diversos deudores y los respectivos conjuntos de acreedores²⁹⁶. En el caso de que no se haya designado a una administración concursal común, la coordinación resulta más difícil, aunque no imposible. Y ello porque el eje vertebrador de la coordinación procedimental es el nombramiento de una administración concursal común²⁹⁷.

IV. La desacumulación

Como apuntábamos anteriormente (v., supra, capítulo III), la acumulación de concursos sirve, entre otras cosas, a la economía procesal, pero ello no implica que deba usarse bajo el mero anhelo de «hacer números». La acumulación es, ante todo, una «medida de gestión del proceso» y, en cuanto tal, solo debe emplearse cuando vaya a reportar beneficios (medidos en términos del interés de los concursos), y no cuando pueda conducir a complicaciones excepcionales, excesivas o desproporcionadas. Puede ocurrir, en efecto, que uno de los procesos sea esencialmente más complicado que los otros, tanto a nivel fáctico como a nivel jurídico. Eso puede hacer que la tramitación de cada uno consuma el tiempo de forma diferente. Por ese motivo, puede ser recomendable mantener los procesos independientes en lugar de acumularlos, e intentar únicamente que lleguen a término sin contradicciones.

Precisamente, de esta posibilidad de inadecuación de la acumulación a los fines del concurso (de la cual deriva la configuración de la acumulación preferentemente como una facultad, como hace el legislador español), surge la duda de si debería admitirse la posibilidad de revertir la medida y de desacumular los concursos²⁹⁸. Nótese que no nos estamos refiriendo aquí a una indebida acumulación de concursos (en el sentido de improcedente, inadmisibles o viciada). Esto es, no se trata de una acumulación decretada pese a la no concurrencia de los presupuestos procesales exigidos para ello o a la falta de

²⁹⁶ V. BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, cit., p. 293: «Dem Insolvenzverwalter wird in diesem Teil eine besonders mediative Rolle zuteil».

²⁹⁷ También comparte esta opinión ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 51: «Si la administración concursal es única, la coordinación resultará obviamente más fácil».

²⁹⁸ Se trata de una opción válida, en el Derecho comparado, respecto de la acumulación de procesos. V., en Alemania, BAUMBACH, A.; LAUTERBACH, W.; ALBERS, J., y HARTMANN, P., *Zivilprozessordnung*, cit., p. 721 y LEIPOLD, D., «§ 147 Prozeßverbindung», cit., p. 362. En Italia, la posibilidad de desacumular en la normativa procesal civil general (*scissione del processo cumulativo*) está prevista para cuando la acumulación retrase o haga más gravoso el proceso. El segundo apartado del artículo 103 del *codice di procedura civile* afirma que «[i]l giudice può disporre, nel corso della istruzione o nella decisione, la separazione delle cause, se vi è istanza di tutte le parti, ovvero quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo, e può rimettere al giudice inferiore le cause di sua competenza». V. CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 251; MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, cit., p. 321; SATTA, S. *Commentario al codice di procedura civile*, Milán [Vallardi], 1959, tomo I, p. 374 y REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, cit., p. 100. En España, sin embargo, no está prevista expresamente esta posibilidad.

competencia territorial del juez ante el cual se acumula²⁹⁹, sino de que, de forma sobrevenida, las ventajas que esta reporta dejen de ser tales o se vean superadas por los inconvenientes.

Aunque no faltan voces que se manifiestan a favor de la posibilidad de desacumular los concursos³⁰⁰, un análisis detallado de la misma puede conducir incluso a plantearse su utilidad. En primer lugar, la desacumulación de concursos no debería implicar la pérdida de competencia sobre el conjunto de concursos conexos ni del órgano jurisdiccional que conozca de los mismos ni, en el caso de que se haya nombrado, de la administración concursal común (art. 27.5 LC). El conocimiento sobre los procedimientos que ambos órganos hayan podido atesorar no debería desaprovecharse. Además, la remisión de los autos a otro órgano jurisdiccional (el competente de no haberse producido la acumulación) o el nombramiento de otras administraciones concursales (presupuesto el cese de la administración concursal común) dilataría en exceso la tramitación de los procedimientos, y contravendría la necesaria celeridad que debe regir en sede concursal.

En segundo lugar, por lo que respecta a las concretas actuaciones procedimentales que pudiesen haberse adoptado de forma coordinada (desde la publicidad conjunta hasta la aprobación de convenios condicionados, *ex art.* 101.2 LC), no deberían declararse ineficaces, sino que todo lo acordado debería conservarse (por el principio de conservación de los actos procesales). De esta forma, la desacumulación tendría unos efectos limitados. En tercer y último lugar, a diferencia de lo que sucede en la acumulación de procesos, la acumulación de concursos no conlleva la tramitación acompañada o simultánea de los mismos (*v.*, *supra*, 2.3). Precisamente por eso será difícil que uno de ellos pueda retrasar o entorpecer la tramitación de los demás y justificar la

²⁹⁹ Estos presupuestos son de obligada revisión por parte del órgano jurisdiccional ante el cual se presenta la solicitud de acumulación. Así, por ejemplo, el AJM 1 Cádiz 15.4.2011 declaró inadmisibile la solicitud de declaración conjunta de varias sociedades pertenecientes al entramado de Nueva Rumasa al no haberse acreditado su pertenencia al mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

³⁰⁰ En España, se ha manifestado a favor SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., p. 201. También el «estándar internacional» representado por la Guía Legislativa de la CNUDMI insiste en la necesidad de prever la reversión de la medida cuando las circunstancias cambien en el sentido de que la acumulación devenga inútil o incluso contraproducente. *V. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 37: «Habida cuenta de que la coordinación procesal tiene por objeto mejorar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos, el régimen de la insolvencia podría prever que cabrá modificar o revocar el mandamiento de coordinación siempre que las circunstancias lo justifiquen. Esa posibilidad sería conveniente, por ejemplo, cuando una reorganización coordinada no esté dando resultado y se haya de proceder a la liquidación de cada empresa del grupo por separado. Aunque la revocación de esa orden sea rara vez necesaria, debería ser posible, ya que el mandamiento inicial no tiene por objeto afectar a derechos sustantivos. A título de salvaguardia, el régimen de la insolvencia podría prever la posibilidad de revocar o modificar el mandamiento, siempre y cuando ello se haga sin perjuicio de todo derecho o ventaja que haya reportado la aplicación inicial del mandamiento». De este razonamiento deriva la recomendación 208, conforme a la cual: «El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá modificarse o revocarse todo mandamiento de coordinación procesal, siempre y cuando ninguna medida o decisión ya adoptada a raíz de dicho mandamiento se vea afectada por su modificación o revocación. Cuando la coordinación procesal haya sido decretada por más de un tribunal, esos tribunales podrán tomar medidas apropiadas para coordinar la modificación o revocación del mandamiento de coordinación».

desacumulación. En definitiva, la desacumulación, aun resultando interesante desde un punto de vista abstracto, no tendrá sentido en la mayoría de los casos³⁰¹.

V. La coordinación informal

Por coordinación informal entendemos aquella que se produce de modo espontáneo, sin recurrir al instituto de la acumulación. Era la única forma de armonizar los concursos conexos antes de la Ley 22/2003: por ejemplo, que el turno de reparto atribuyese a un mismo órgano jurisdiccional el conocimiento de los procedimientos de varios sujetos notoriamente conexos³⁰². Hoy en día también es imaginable este tipo de coordinación, que no solo puede producirse a nivel judicial, sino también de la administración concursal (que se designe a la misma persona en varios concursos, aunque estos se tramiten ante órganos jurisdiccionales distintos).

³⁰¹ No existe, por el momento, ningún caso de desacumulación en las resoluciones judiciales dictadas en materia concursal.

³⁰² Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, se pronunciaba en estos términos ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», cit., p. 482: «En algunas ciudades, se ha podido apreciar que el conocimiento de las situaciones concursales de sujetos notoriamente conexos —como es el caso de las sociedades pertenecientes al mismo grupo— se atribuye, por el turno de reparto, al mismo juez o magistrado, consiguiendo así de hecho una adecuada coordinación. Pero esta prudente medida de “administración judicial” sigue siendo excepcional».

En Alemania, donde por el momento no existe ninguna previsión legal que permita concentrar las competencias judiciales en casos de concursos conexos (aunque existe una propuesta de anteproyecto al respecto, v., el *Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen* de fecha 3.1.2013), se ha salvado dicha carencia precisamente por esta vía. V. UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 44; BRAUN, E., y UHLENBRUCK, W., *Unternehmensinsolvenz*, cit., p. 178; GANTER, H., «§ 3. Örtliche Zuständigkeit», en *Münchener Kommentar-Insolvenzordnung*, 2.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 2007, p. 89; HAAS, U., «§ 95 Konzern und Insolvenz», cit., p. 1688.

CAPÍTULO V. EL JUEZ EN LOS CONCURSOS CONEXOS

I. La concentración de competencias judiciales

1. La excepción a las reglas generales de determinación de la competencia

En los concursos «aislados», la competencia territorial se determina con carácter individual, conforme al criterio del centro de los intereses principales de cada deudor (*center of main interests, centre d'intérêts principaux*). Con independencia de la presunción de que dicho centro radica en el domicilio social del deudor (arts. 10.1 LC), lo relevante a los efectos que aquí interesan es que el foro competente para conocer de cada concurso debe ser previsible y reconocible para los futuros acreedores, de forma que puedan estimar y anticipar los riesgos de crédito asumidos. En otras palabras, debe ser el lugar donde aquellas personas que se relacionen con el deudor buscarían normalmente información crediticia sobre este³⁰³. Si bien es cierto que el concepto de centro de los intereses principales es de «textura abierta»³⁰⁴, la flexibilidad que permite en la determinación del juez competente está diseñada para lograr una mayor protección de los acreedores, pues atiende a la realidad económica externa y efectiva del operador económico³⁰⁵.

³⁰³ VIRGÓS, M., «The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View», cit., p. 13. La idea se reitera en el Informe Virgós-Schmit, § 75: «The center of main interests should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties. The rationale of this rule is not difficult to explain. Insolvency is a foreseeable risk. It is therefore important that international jurisdiction be based on a place known to the debtor's potential creditors. This enables the legal risks which would have to be assumed in the case of insolvency to be calculated». V. VIRGÓS, M., y SCHMIT, E., *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, Doc. 6500/96 del Consejo de la Unión Europea. Así, a la hora de determinar el COMI, el juez debe tener en cuenta las notas de transparencia y determinación objetiva, de forma que los sujetos que contrataron con el deudor puedan fundar sus expectativas de forma razonable en la conducta y forma de llevar el negocio del deudor. V. MOSS, G; FLETCHER, I., e ISAACS, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A commentary and annotated Guide*, Oxford [Oxford University Press], 2002, p. 39. Un resumen de la doctrina sobre los elementos que caracterizan al COMI puede encontrarse en MARTÍNEZ FERBER, M., *European Insolvency Regulation. Substantive Consolidation, the Threat of Forum Shopping and a German Point of View*, Bornheim [Ditmar Weis], 2004, pp. 16 a 23.

³⁰⁴ Este carácter abierto le da la ventaja de la flexibilidad, ya que el concepto es susceptible de ser aplicado a cualquier clase de deudor y de responder a cualquier tipo de estructura organizativa de ese deudor. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, esa textura abierta representa también la mayor debilidad del criterio elegido, razón por la cual va acompañado por una definición legal y por una presunción (segundo párrafo del art. 10.1 LC). V. VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., «Art. 10. Competencia Internacional y Territorial», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 326.

³⁰⁵ Lo relevante para fijar el centro de intereses principales es la organización externa del deudor, esto es, la forma en que el deudor se manifiesta «hacia el exterior», que necesariamente tiene que ser reconocible por terceros. Prima por tanto el principio de apariencia o visibilidad. Conforme a VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., «Art. 10. Competencia Internacional y Territorial», cit., p. 327, «Positivamente, esta regla implica que debe primarse la esfera externa o representativa, que se fija en cómo el deudor aparece en el mercado y en las relaciones con terceros, sobre la esfera interna u orgánica. Negativamente, significa que el deudor no puede oponer a los terceros un lugar distinto de aquel desde el cual aparecía de cara al mercado administrando su empresa (aunque de hecho no lo hiciese desde ahí). Esto asegura la previsibilidad de la

En el tratamiento de los concursos conexos, se ha llegado a decir que la concentración de competencias judiciales (*Zuständigkeitskonzentration*) —que implica que sea el mismo juez quien conozca de todos los procedimientos— es el problema central³⁰⁶. En el mismo sentido, se ha señalado que la falta de concentración de competencias judiciales es una gravísima carencia de cara a la comprensión del entramado patrimonial, económico, organizativo, personal y financiero que puede existir entre los deudores conexos³⁰⁷, sin duda porque, en sede concursal, es necesario un órgano jurisdiccional que piense no solo desde una perspectiva estrictamente jurídica, sino también desde una óptica económica (lo que en Alemania se ha denominado un *wirtschaftlich denkende Richter*)³⁰⁸, lo cual resulta especialmente recomendable en el caso de los grupos.

2. Los efectos de la concentración de competencias

La concentración de las competencias judiciales puede aprehenderse desde dos perspectivas distintas. Por un lado, puede verse como una *extensión* de la competencia judicial, de forma que el juez competente para conocer de alguno de los concursos conexos también lo sea para conocer de los demás. Por otro lado, en la mayoría de los casos conlleva una *modificación de la competencia territorial* de los órganos jurisdiccionales que deban conocer de los concursos conexos. Se trata de un efecto que la acumulación de concursos comparte con otras instituciones cercanas, como la acumulación de acciones y de procesos declarativos, que tradicionalmente han sido consideradas como ineludiblemente unidas a la competencia territorial³⁰⁹.

La modificación de la competencia territorial originaria no se produce en todos los supuestos. En efecto, en el supuesto de procesos pendientes ante un único órgano jurisdiccional no se produce modificación alguna en las normas generales de atribución de la competencia territorial. Cuando la acumulación de procesos se insta ante órganos jurisdiccionales diversos, pero pertenecientes a una misma demarcación territorial,

conexión por terceros (futuros acreedores). Ello es importante, pues permite que estos configuren sus relaciones con cierta seguridad sobre su posición en los casos de insolvencia del deudor; o al menos, que puedan evaluar y ajustar sus relaciones a los (mayores) riesgos en que incurren cuando contratan con deudores “deslocalizados” o móviles».

³⁰⁶ V. HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 444 y ROTSTEGGE, J., «Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz in- und ausländischer Konzerngesellschaften», ZIP, núm. 21 (2008), p. 955.

³⁰⁷ V. BRAUN, E., y UHLENBRUCK, W., *Unternehmensinsolvenz*, cit., p. 521.

³⁰⁸ Insiste en esto UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 43.

³⁰⁹ Así GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 106; DE LA PLAZA, M., *Derecho procesal civil español*, 3.ª ed., Madrid [Revista de derecho privado], 1955, p. 257; PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, cit., p. 111. Y, sobre todo, GUASP, J., *Derecho procesal civil*, cit., pp. 142 y 143, quien afirma que «[l]a conexión (acumulación de materias litigiosas por identidad de alguno o algunos de sus elementos) es también una causa modificadora de la competencia en el sentido de que, cuando se da, produce, además de otros efectos, la competencia (*forum connexitatis*) a favor del juez que la tenga para conocer de aquellos extremos que guardan conexión con el discutido». Califica como «excesiva» la relevancia que otorga parte de la doctrina al efecto modificativo sobre las normas de competencia ARMENTA DEU, T., *La Acumulación de Autos*, cit., p. 267.

tampoco se modificarán dichas reglas, sino simplemente las que regulan el reparto dentro de esa misma demarcación territorial (por ejemplo, si los concursos se están tramitando ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 y ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2, ambos de Madrid). Existirá incidencia sobre la competencia territorial solo cuando los procesos se sigan ante órganos jurisdiccionales de diferentes partidos judiciales. Lo verdaderamente importante es que sea el mismo juez —la misma persona— quien conozca de los distintos concursos conexos. En este sentido, lo que se produce es una extensión de la competencia judicial: un órgano jurisdiccional pasa a ostentar competencia para conocer de un procedimiento sobre el cual, conforme a las reglas generales, no sería competente.

La concentración de competencias judiciales en supuestos de concursos conexos, que ya aparecía en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, elaborada por el profesor ROJO³¹⁰, no es algo ajeno a los Ordenamientos de los países de nuestro entorno económico³¹¹. En general, la competencia judicial puede ser modificada en virtud de circunstancias que determinen la conveniencia de que el proceso se tramite ante un juez distinto del que ordinariamente debería. Una de esas circunstancias es la existencia de una *conexión entre procesos*, de forma que se arbitre un *forum connexitatis*³¹². Lo que se abre es un *foro electivo*³¹³. En efecto, el criterio de atribución de competencia es en realidad un «criterio de conocimiento preferencial», que no implica, hasta que la acumulación se ha llevado a cabo, la derogación de la competencia que cada juez tenía anteriormente. En otras palabras, lo que se produce es una ampliación o prórroga de los foros disponibles.

³¹⁰ Esta preveía ya la extensión de la competencia judicial de forma que el juez competente para declarar el concurso de la sociedad dominante fuese también competente para declarar el de la sociedad dominada (art. 9.1 PALC 1995). También facultaba al juez que hubiese declarado el concurso de la sociedad dominante para requerir de inhibición al juez concedor del concurso de la dominada (art. 9.3 PALC 1995).

³¹¹ Tampoco es algo uniforme. En Alemania, por ejemplo, no se contemplaba esta posibilidad hasta la propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung* que aún no se había aprobado en el momento de cierre de este trabajo de investigación. El Anteproyecto prevé la inclusión en la *Insolvenzordnung* del § 3a (tras el § 3 que regula la competencia territorial, *Örtliche Zuständigkeit*), que prevé la existencia de un foro jurisdiccional competente para conocer de los procedimientos de insolvencia de las sociedades que pertenezcan a un grupo (*Gruppen-Gerichtsstand*). Con la habilitación de este foro alternativo, se modifica la competencia judicial territorial, de manera que cada deudor podrá presentar la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia ante el mismo órgano jurisdiccional. Se permite igualmente la transferencia de procedimientos (*Verweisung an den Gruppen-Gerichtsstand*) en aquellos casos en los que el procedimiento de insolvencia sobre uno de los miembros del grupo se inicia ante un órgano jurisdiccional distinto del competente a nivel de grupo. En cuanto al régimen anterior a la reforma, v. GANTER, H., «§ 3. Örtliche Zuständigkeit», cit., p. 89.

³¹² Ahora bien, no cualquier conexión es susceptible de justificar la modificación de la competencia territorial. Desde una óptica procesal, la conexión es una categoría técnico-jurídica en cuya virtud obtienen eficacia determinadas instituciones. Es necesario que sea relevante y de una cierta entidad, ya que solo entonces se podrán tramitar los diversos procesos con medios comunes, obteniéndose así beneficios de economía y seguridad.

³¹³ Los fueros son exclusivos cuando el demandado puede exigir que se le cite, haciendo uso de ese fuero, con exclusión de otros. Son concurrentes cuando el demandado puede ser citado en varios fueros. A su vez, los fueros concurrentes pueden ser electivos (si el demandante tiene la posibilidad de optar entre varios fueros) o sucesivos (si, ante la existencia de varios fueros, la norma establece una preferencia que el demandante debe acatar. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, cit., p. 60-61.

Así, con el fin de que un mismo juez pueda conocer de varios concursos vinculados, cuando es territorialmente competente para conocer de alguno pero no de todos ellos, se le atribuye competencia también sobre los otros. Y se trata de una prórroga y no de una derogación de la competencia territorial porque esta solo se amplía, no se restringe. De esta forma, el foro que correspondería deja de ser exclusivo y se abre un foro alternativo. Por ello persiste la posibilidad de que cada deudor conexo someta la tramitación del procedimiento de insolvencia a un órgano jurisdiccional diferente³¹⁴.

II. Las ventajas de la concentración de competencias judiciales

Los efectos positivos de la unión a nivel del órgano jurisdiccional pueden esperarse a raíz de la concentración de procedimientos, de la coordinación de los mismos y de la simplificación de estos.

La concentración de varios procedimientos ante el mismo juzgado conduce a un desarrollo de los mismos económicamente más óptimo que el que se conseguiría con su seguimiento ante juzgados distintos. El motivo es, esencialmente, que todos los procedimientos descansan en la misma mano. La economía procesal lleva aparejada una reducción de costes, aunque debe hacerse una distinción en este punto. Los costes procesales netos o puros solo se reducen indirectamente con la concentración de competencias judiciales. Recuérdese que no se trata de la unificación de procedimientos (de forma que pase a haber solo uno). Al contrario, siguen existiendo varios procedimientos y, por lo tanto, varios objetos del proceso. Por ello algunos costes se mantendrán intactos pese a la concentración. También puede lograrse un ahorro de costes porque la concentración de procedimientos en las manos del mismo juez permite un aprovechamiento más efectivo de la capacidad del juez (o un ahorro de energía jurisdiccional), sobre todo si se dan otras circunstancias en el tratamiento de los concursos conexos. Por ejemplo, se aprovecha mejor su actividad de supervisión y control si solo es necesario supervisar a una administración concursal³¹⁵.

En los concursos conexos es de esperar que ciertos actores intervengan (de uno u otro modo) en varios procedimientos. Por ejemplo, en el caso de un grupo, la sociedad A puede ser deudora en un concurso pero acreedora en otro(s). Así, cuando entre los concursos existe todo un entramado de relaciones económicas, patrimoniales,

³¹⁴ El mantenimiento del foro ordinario (esto es, la no exclusividad del foro por conexión) también ha sido la opción mantenida en la propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung* de fecha 3.1.2013 que regula el tratamiento de los procedimientos de insolvencia de las sociedades que pertenezcan al mismo grupo. En este texto prelegislativo, el foro específico para el grupo es electivo, esto es, la concentración de las competencias judiciales para conocer de los procedimientos de insolvencia sobre los patrimonios de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo es una facultad, no un mandato imperativo (§ 3a (2) *InsO-E*). La creación de un foro judicial para el grupo no desplaza ni elimina el foro general que procedería, en condiciones normales, para cada deudor individualmente considerado. Ahora bien, este foro deja de ser exclusivo y se abre un foro alternativo. Por lo tanto persiste la posibilidad de que cada miembro del grupo someta la tramitación del procedimiento de insolvencia a un órgano jurisdiccional diferente.

³¹⁵ V., infra, capítulo VI.

organizativas, personales o financieras, la concentración de procedimientos ante el mismo juez no solo facilita los flujos de información (*Informationsflüsse*), sino también la relación de información (*Informationsbündelung*)³¹⁶. En última instancia, esto redundará no solo en un mejor aprovechamiento de la información, sino también en un considerable ahorro de energía jurisdiccional³¹⁷. Ciertamente, cuando un único juez tiene que «recuperar» o «reconstruir» la compleja estructura que puede regir las relaciones entre deudores conexos (conocimiento que, previsiblemente, será aprovechable en varios concursos), se produce un manejo efectivo y eficiente de cada procedimiento. El juez conoce cada concurso (con las particularidades de cada uno) sobre la base de la estructura que previamente ha reconstruido, lo cual redundará en la reducción de las demoras en la tramitación de los procedimientos.

Por otro lado, la concentración de todos los concursos en las manos de un mismo juez permite evitar que se dicten resoluciones contradictorias, lo cual a menudo sucede cuando se inician incidentes paralelos sobre cuestiones vinculadas en procedimientos tramitados ante jueces distintos.

Por último, el desarrollo eficiente de los diversos procedimientos beneficia no solo a los acreedores, sino también al mercado y a la economía en general, ya que la decisión acerca de la permanencia o mantenimiento de la empresa en crisis se toma más rápido, y se la sana o liquida con mayor celeridad.

Cuando la solución de los concursos implique la reorganización de un grupo, la concentración de los mismos ante un mismo juez puede ser determinante de cara al éxito de esta³¹⁸. Piénsese que la reorganización de un grupo es, en última instancia, una cuestión de interrelación entre las sociedades que lo integran. De ahí la conveniencia de que el juez que supervisa los distintos procedimientos individuales sea el mismo.

III. Los inconvenientes de la concentración de las competencias judiciales

1. La distancia

El principal inconveniente se refiere a posibles problemas de distancia³¹⁹. Recuérdese que el fundamento para la determinación de la competencia territorial es la presunción de la

³¹⁶ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., pp. 354 y 355; y, del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., pp. 457 y ss.

³¹⁷ Se habla también de aprovechar de un modo más efectivo la *capacidad* del juez.

³¹⁸ V. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 559 y ZIEGEL, J., «Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada – United States Perspective», *FJCFI*, núm. 7 (2001), p. 376.

³¹⁹ En Alemania, han llamado la atención sobre este aspecto MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 557; EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 355; y, del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., pp. 457 y ss.

cercanía del juez al deudor, a los acreedores y a la ubicación espacial del patrimonio del primero. El juez más cercano al deudor es, presumiblemente, quien mejor conoce las circunstancias y particularidades del entorno económico. Por eso el inicio y desarrollo del procedimiento resultará más fácil, ya que la cercanía del deudor y demás interesados al juez competente permitirá que este tenga un acceso más rápido y sencillo a la información relevante. Cuando los concursos de diversos deudores vinculados (pero con centros de intereses principales dispersos) son tramitados ante un mismo juez, parte de los deudores y acreedores se verán «privados» del foro territorial que era previsible, y quebrará el principio de la cercanía del juez con los interesados y con el patrimonio de cada deudor.

El aumento de la distancia puede redundar también en el incremento de los costes (de postulación, defensa, comunicaciones y desplazamientos) para algunos interesados. Esto será especialmente gravoso para los acreedores titulares de créditos de pequeña cuantía, ya que defender el reconocimiento y clasificación de sus créditos puede generar unos gastos que cubran prácticamente el importe del crédito. También puede resultar problemático en aquellos casos en los que los concursos acumulados se tramiten ante el juez del centro de intereses principales de la matriz-holding y lejos de los centros de intereses de las filiales operativas, porque se alejarán los procedimientos de las fábricas y ello puede generar alguna tensión procesal (y también social) si los trabajadores de las mismas consideran que las decisiones cruciales del concurso se adoptan por un juez alejado del conflicto laboral³²⁰.

Parte de estos inconvenientes pueden, no obstante, superarse sin problema con los medios telemáticos y comunicativos existentes hoy en día³²¹.

2. Los conflictos de intereses

Como es sabido, la Constitución consagra la imparcialidad y la independencia en el estatuto judicial (arts. 117 y 127 CE), con el fin de garantizar que cada juez actúe únicamente sometido al Derecho en un caso determinado, equidistante de las partes y sin interés propio en el objeto del proceso³²². Por eso, en el caso de que se concentren las competencias judiciales, el órgano jurisdiccional está obligado a tramitar cada concurso

³²⁰ FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 101 y AJM 1 Vizcaya 15.11.2004.

³²¹ V., al respecto, el RD 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. Según explica la exposición de motivos, esta norma se enmarca en un plan de modernización que pretende alcanzar una realidad judicial informatizada, de forma que sea posible realizar trámites procesales a través de internet. Sobre el particular, v., entre otros, GÓMEZ DE LIAÑO, R., «Lexnet y otros medios informáticos en la nueva organización de la administración de justicia», *Diario La Ley*, núm. 7039 (2008), pp. 1 a 9 y CREMADES GARCÍA, V., y ALACID BAÑO, L.M., «Lexnet: el reto de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia», *RFCSJ*, núm. 2 (2007), pp. 46 a 58.

³²² V. GIL CREMADES, R., *La Imparcialidad en la Función Pública*, Madrid [Scientia Iuridica], 2008, pp. 158 y 159.

de forma absolutamente objetiva (lo que haría censurable, por ejemplo, que dedicase injustificadamente más tiempo o esfuerzo a uno de los concursos conexos que al resto).

Existen, sin embargo, aspectos concretos del procedimiento que pueden dar lugar a conflictos de intereses en el juez encargado de tramitar varios concursos conexos. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de decretar de oficio el embargo preventivo de los bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 48 ter.1 LC) y de los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso (art. 48 ter.2 LC). En el caso de que las personas afectadas por tales embargos sean las mismas en varios concursos, la adopción de tales medidas en un concurso antes que en otro puede determinar un favorecimiento injustificado de sus acreedores en detrimento de los demás. Sin perjuicio del tratamiento más exhaustivo que más adelante se realiza sobre esta cuestión (v., infra, capítulo X), baste por el momento con señalar que, en tales casos, el juez debería abstenerse de actuar de oficio para preservar la imparcialidad que se le exige.

3. Los efectos sobre la anticipación del foro

Habida cuenta de que el foro territorial «natural» se altera, en la mayoría de las ocasiones, con la concentración de competencias judiciales, se hace necesario, en la medida de lo posible, reducir la inseguridad que ello provoca. En otras palabras, debe ser posible para los interesados anticipar, con cierto grado de certeza, cuál va a ser el juez competente para conocer del conjunto de los concursos conexos. Es decir, debe ser posible a priori para un acreedor, que contrate con un deudor a sabiendas de los vínculos que mantiene con otro deudor (societarios, personales, etc.), el determinar cuál (o cuáles) serán los juzgados territorialmente competentes para conocer del concurso de este, tanto si se concentran las competencias judiciales como si no³²³. De ahí la importancia de establecer criterios de atribución de competencia claros y previsibles³²⁴.

4. El *forum shopping*

4.1. Definición e (in)admisibilidad de la práctica

Uno de los aspectos que deben tenerse en cuenta para elegir entre los criterios de determinación de la competencia es la posibilidad de manipular la competencia judicial conjunta (*Gesamtzuständigkeit*), práctica comúnmente conocida como *forum shopping* (manipulación fraudulenta del foro o búsqueda de foros de conveniencia). Si bien podría

³²³ La importancia de que el foro se corresponda con las legítimas y razonables expectativas de los acreedores ha sido puesta de manifiesto constantemente en el contexto de la insolvencia de grupos multinacionales. Cumplir con estas expectativas va de la mano con el objetivo de crear reglas claras, transparentes y predecibles en cuanto a la competencia judicial. V., por ejemplo, las reflexiones de MEVORACH, I., «The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency», *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 57-2 (2008), pp. 434 y ss.

³²⁴ Los criterios de atribución de competencia se estudian infra, en el apartado IV.

pensarse que esta práctica únicamente tiene lugar en un contexto internacional —por la disparidad de ley aplicable—³²⁵, también puede producirse en el ámbito doméstico y tener efectos perniciosos³²⁶. Así, nada obsta a que traslademos parte de la doctrina que se ha generado desde la perspectiva de la litigación internacional al tratamiento de los concursos conexos en el ámbito doméstico, siempre y cuando se cumplan las dos condiciones que sirven de caldo de cultivo al *forum shopping*. La primera es la competencia de más de un juzgado. La segunda es la falta de uniformidad, no necesariamente respecto de la ley material, sino de otras cuestiones como las procedimentales (nivel de saturación de un juzgado, duración media de un procedimiento, inclinación doctrinal del juez, etc.).

La conclusión es que son imaginables prácticas de *forum shopping* a nivel nacional, al menos en España, donde la Ley Concursal —y su reciente reforma— está siendo todavía objeto de interpretaciones dispares por parte de los tribunales, sin que el Tribunal Supremo se haya decantado por una interpretación sobre otra en la mayoría de las cuestiones. Un ejemplo es la naturaleza que tienen los créditos del acreedor cuyo contrato se mantiene por decisión judicial, pese al incumplimiento del concursado (art. 62.3 LC). Al respecto, existen dos tesis contrapuestas. La tesis mayoritaria, defendiendo una interpretación sistemática, entiende que solo deben calificarse como contra la masa los créditos posteriores, mas no las prestaciones devengadas antes de la declaración de concurso, que deberán considerarse créditos concursales³²⁷. Por el contrario, existe una tesis minoritaria, que apoya una interpretación literal, que entiende que tanto las cantidades devengadas antes como las devengadas después de la declaración de concurso deben considerarse créditos contra la masa³²⁸. Esta cuestión puede tener, dependiendo del caso y en función de los importes en juego, una gran trascendencia práctica tanto para el deudor como para los acreedores.

Otro argumento que refuerza la posible manipulación del foro a nivel nacional es la saturación de los órganos jurisdiccionales. En efecto, dependiendo de la carga de trabajo del juzgado, la duración del procedimiento puede variar enormemente. En algunos casos,

³²⁵ En el ámbito internacional, el *forum shopping* implica necesariamente *law shopping*, dado que los efectos procesales y materiales del concurso quedan determinados por el Derecho del Estado en el cual se abre el procedimiento (norma de conflicto del art. 4 REI). La competencia judicial y el Derecho aplicable van pues de la mano: «Insolvenzzuständigkeit und Insolvenzstatut sind demnach im Sinne eines Gleichlaufs miteinander verzahnt». V. WELLER, M. P., «Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen», *ZHR*, núm. 169 (2005), p. 573; del mismo autor, v. «Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?», *IPRax*, núm. 24 (2004), p. 413; también KAMMEL, V., «Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen», *NZI*, núm. 6 (2006), p. 335.

³²⁶ También se habla de *forum shopping* a nivel nacional en los Estados Unidos, especialmente en materia de selección de Derecho societario entre varios Estados (donde el de Delaware es el más atractivo).

³²⁷ Es la postura defendida por las SJM Córdoba 8.7.2005, SJM 2 Barcelona 21.7.2005, SJM 1 Murcia 26.4.2005, SJM 1 Oviedo 3.2.2006, SJM 1 Vitoria 13.5.2005 y SJM Murcia 2.1.2006.

³²⁸ V., así, SAP Barcelona [15.ª] 13.9.2006, SJM 1 Valencia 14.7.2005 y SJM 6 Madrid 9.1.2012.

la dilatación temporal del concurso puede convenir a algunos interesados (el deudor y, si es persona jurídica, sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, etc.).

Pese a que podría afirmarse que la Ley Concursal se muestra tolerante con un determinado nivel de *forum shopping*, no puede sostenerse que la práctica le sea completamente indiferente. Así se deduce, por ejemplo, del hecho de que la presunción de que el centro de intereses principales coincide con el domicilio social no opere si este se ha cambiado en los seis meses anteriores a la declaración de concurso (art. 10.1 LC). Esta medida, según se afirma en la Exposición de Motivos (exp. IV), tiene como finalidad evitar «que la competencia se configure con criterios ficticios». Entendemos que la configuración de la competencia territorial conforme a criterios ficticios incluye las prácticas de *forum shopping* que se han referido más arriba.

Además, ha de tenerse en cuenta que, en algunas demarcaciones judiciales, solo hay un juzgado de lo mercantil, y por ello solo hay un juez. Por eso, un análisis de las resoluciones que este ha dictado en el pasado puede proporcionar valiosa información acerca de las posturas doctrinales a las que se adhiere o la interpretación de la norma que suscribe. Esta práctica ha sido denominada *judge shopping*, para diferenciarla del *forum shopping*³²⁹.

4.2. Las medidas para evitar el forum shopping

4.2.1. El control de la competencia

La competencia territorial puede controlarse tanto de oficio (art. 10.4 LC) como a instancia de parte por medio de la declinatoria (art. 12 LC). El control de oficio es la solución legal específica para el control de la competencia. Dicho control de oficio exige que los fueros determinantes de la competencia territorial estén fijados por reglas imperativas, de forma que sean indisponibles para las partes. La Ley Concursal es, sin lugar a dudas, una manifestación de la competencia territorial imperativa (es una norma de *ius cogens*), y ello porque se establece el control de oficio (art. 10.4 LC) y se impide así la disponibilidad del fuero para las partes. Dado el indiscutible carácter público de la normativa en cuestión, se trata de un doble deber que obliga al juez, primero, a comprobar la existencia de ese presupuesto procesal y, después, tan pronto descubra su falta, a abstenerse de conocer. Para el trámite de ese control de oficio, habrá de estarse al régimen supletorio (art. 58 LEC). Ahora bien, el control *ex officio* no impide que el deudor y los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso puedan plantear declinatoria (art. 12 LC).

En ambos casos (control de oficio y declinatoria), debe controlarse, por un lado, la concurrencia de todos los requisitos necesarios para que proceda la acumulación (arts. 25 y 25 bis LC). Por otro, deberá examinarse si esta se realiza en interés de los distintos

³²⁹ V. RASMUSSEN, R., y THOMAS, R., «Timing Matters: Promoting Forum Shopping by Insolvent Corporations», *Northwest. U. L. Rev.*, núm. 94 (1999-2000), p. 1360.

concurros³³⁰. Este estándar, que permite una gran discrecionalidad y flexibilidad a la hora de decidir sobre la acumulación de varios concursos, es el que debe tenerse en cuenta de cara a la conveniencia de la misma. La jurisprudencia estadounidense ha elaborado una suerte de test, compuesto por varios criterios que deben ser sopesados de cara a aceptar o rechazar la transferencia de un procedimiento. Entre estos criterios están la proximidad espacial de los acreedores, la proximidad espacial de los deudores, la proximidad espacial de otros interesados (administradores, liquidadores o auditores), la localización espacial de los activos de los deudores, la gestión económica del patrimonio conforme a un patrón territorial, el carácter de las relaciones entre los deudores conexos (si están muy entrelazadas o no), el acceso a medios de prueba (documentos o información en general), la posibilidad de ejecutar las resoluciones que se dicten en el procedimiento, y un largo etcétera³³¹. En el supuesto de los grupos, aparte de consideraciones sobre datos puramente objetivos, como la localización de los acreedores o de los activos, también se ha tenido en cuenta la importancia de que conozca de un asunto un juez familiarizado con el medio en el cual opere, de forma que pueda examinar con buen criterio y sentido común el proceso de liquidación o de reorganización empresarial.

³³⁰ Por ejemplo, el modelo estadounidense sobre la *transfer of proceedings* o *transfer of venue*. La Rule 1014(a) Federal Rules of Bankruptcy Procedure, bajo la rúbrica «Dismissal and transfer of cases», establece que «(1) [i]f a petition is filed in a proper district, the court, on the timely motion of a party in interest or on its own motion, and after hearing on notice to the petitioners, the United States trustee, and other entities as directed by the court, may transfer the case to any other district if the court determines that the transfer is in the interest of justice or for the convenience of the parties; (2) Cases filed in improper district. If a petition is filed in an improper district, the court, on the timely motion of a party in interest or on its own motion, and after hearing on notice to the petitioners, the United States trustee, and other entities as directed by the court, may dismiss the case or transfer it to any other district if the court determines that transfer is in the interest of justice or for the convenience of the parties». Rule 1014(b), bajo la rúbrica «Procedure when petitions involving the same debtor or related debtors are filed in different Courts», completa lo anterior estableciendo que «[i]f petitions commencing cases under the Code or seeking recognition under chapter 15 are filed in different districts by, regarding, or against (1) the same debtor, (2) a partnership and one or more of its general partners, (3) two or more general partners, or (4) a debtor and an affiliate, on motion filed in the district in which the petition filed first is pending and after hearing on notice to the petitioners, the United States trustee, and other entities as directed by the court, the court may determine, in the interest of justice or for the convenience of the parties, the district or districts in which the case or cases should proceed. Except as otherwise ordered by the court in the district in which the petition filed first is pending, the proceedings on the other petitions shall be stayed by the courts in which they have been filed until the determination is made». V., sobre este aspecto, BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 508 y 509.

³³¹ *In re Cash & Carry Tool Supply Co.* se denegó la acumulación tras aplicar un test de cinco criterios (five-fold test) para determinar the *interest of justice* and y the *convenience of the parties*. Los criterios iniciales eran los siguientes: «(1) Proximity of creditors of every kind; (2) proximity of the debtor; (3) proximity of the witnesses; (4) location of the assets; (5) the economic administration of the estate. (6) A sixth standard of particular interest in cases involving corporate groups is whether the intertwined relation of the debtors requires proceedings in one district». V. BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 510. En decisiones posteriores se fue ampliando el catálogo de criterios, incluyéndose, por ejemplo: «(7) relative ease of access to proof; (8) availability of compulsory process to ensure attendance of unwilling witnesses; (9) the enforceability of the judgment; (10) relative advantages and obstacles to a fair trial; (11) the state's interest in having local controversies decided within its borders». V. BLUMBERG, P., y FOWLER, J., *2001 Supplement: The Law of Corporate Groups-Bankruptcy Law*, cit., p. 292 y 293 y la jurisprudencia que allí se cita. V., también, RESNICK, A., y SOMMER, H., (eds.): *Collier on Bankruptcy*, cit., vol. I, ¶ 4.04[4][a][ii].

4.2.2. Las restricciones a la legitimación para solicitar la acumulación

La concentración de competencias judiciales puede ocurrir en dos momentos procesales diferentes: bien en el momento de la declaración de concurso (cuando los concursos se solicitan conjuntamente, art. 25 LC), bien en un momento posterior (cuando estos se acumulan, art. 25 bis LC). La manipulación injustificada del foro puede controlarse estableciendo restricciones a la legitimación para solicitar la concentración competencial.

Como ya se ha comentado anteriormente (v., supra, capítulo IV), la reforma de la Ley 38/2011 ha ampliado extraordinariamente la legitimación para solicitar ambos tipos de acumulación. De esta forma, se incentiva el recurso al mecanismo, pero se reduce el control del *forum shopping*. Con anterioridad a la reforma, aisladamente se había defendido que las restricciones a la legitimación pretendían prevenir esta práctica³³². Eliminadas estas restricciones, deberá intensificarse el control, por parte del órgano jurisdiccional, de prácticas abusivas de manipulación del foro.

IV. Los criterios para la concentración de las competencias judiciales

El fuero (criterio que se utiliza para fijar las reglas de competencia territorial) general del centro de intereses principales que establece la Ley Concursal para los concursos aislados (art. 10.1 LC) tiene carácter imperativo, esto es, no es disponible ni convencionalmente alterable para las partes. La posibilidad de que se concentren las competencias judiciales en los concursos conexos implica, así, dejar sin efecto una norma imperativa. Sin embargo, la admisibilidad de esta medida está fuera de toda duda, ya que la Ley Concursal tiene el carácter de norma especial respecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil³³³.

En los concursos conexos, el establecimiento de uno u otro criterio para determinar dónde habrán de concentrarse las competencias judiciales equivale a fijar el mejor lugar para que se tramiten los diversos concursos conexos (*Wettbewerb um den besten Insolvenzstandort*). Existen dos grandes tipos de criterios para determinar la competencia territorial judicial común a varios concursos conexos: el *criterio temporal* y el *criterio objetivo*³³⁴. Lo que cambia es el «gancho» (*venue hook*) que atrae la competencia de un determinado juzgado respecto de los demás concursos.

³³² Así, GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., p. 173, en relación con la acumulación inicial, reconoce que «sigue siendo una realidad innegable que cuando el deudor impone su voluntad de declaración de concurso no siempre lo hace tomando en consideración con carácter preferente el interés de sus acreedores, sino que antepone generalmente el suyo propio. Es discutible entonces que resulte aconsejable aumentar las decisiones que unilateralmente pueden adoptar los deudores permitiendo que sean estos los que sometan a sus acreedores a la acumulación». Y habla del uso torticero del *forum shopping*.

³³³ V. BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 552.

³³⁴ V. EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 474.

1. El criterio temporal versus los criterios objetivos

Conforme al primero, rige el principio de prioridad (*Prioritätsprinzip*), de forma que es competente para conocer de los diversos concursos conexos el juzgado ante el cual se haya solicitado el concurso del primero de ellos. Así, la primera solicitud ejerce una suerte de *vis attractiva* sobre el resto, de forma que las sucesivas solicitudes relativas a deudores vinculados (los *Folgeverfahren*) deberán presentarse ante el juzgado que conoció de la primera. Conforme al segundo, la competencia territorial se determina conforme a uno o varios parámetros, como, por ejemplo, el centro de intereses principales de la sociedad matriz o el centro de intereses principales del deudor con mayor pasivo (que sea el nivel de pasivo el parámetro empleado tiene, como se verá más adelante, importantes implicaciones, dado que se presupone que allí estarán los acreedores más importantes en número o en volumen)³³⁵. Excepcionalmente, en algún Ordenamiento la competencia se atrae hacia el lugar donde esté el deudor con un mayor nivel de activo³³⁶.

³³⁵ La *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, se refiere a esto tanto para la acumulación inicial como para la acumulación posterior. En cuanto a la primera, se dice en el cap. II, § 18: «[c]abría aplicar diversos criterios para determinar el foro competente para conocer de esa solicitud. Cabría, por ejemplo, designar para dicho cometido al foro competente para conocer de la insolvencia de la sociedad matriz del grupo, cuando dicha empresa esté incluida en la solicitud. Otros criterios, como la magnitud del endeudamiento de los diversos miembros del grupo o la ubicación del centro de control del grupo también podrán ser alegados para determinar el foro interno competente. Cabe también que los acreedores de los distintos miembros del grupo también se encuentren en diferentes lugares, lo que se suscitaría cuestiones acerca de la representación de los interesados y del lugar donde habrán de reunirse o constituirse los comités de acreedores». En cuanto a la acumulación en un momento posterior, en el § 31 afirma que «[c]abrá consolidar los diversos procedimientos o remitirlos a un solo foro, por ejemplo, el que sea competente para administrar la insolvencia de la sociedad matriz de un grupo. Cabrá también remitirse, para determinar el foro competente, a diversos otros criterios, como, por ejemplo, el orden cronológico de las solicitudes presentadas, la magnitud del endeudamiento de una empresa o la ubicación del centro de control del grupo».

³³⁶ Es el caso, por ejemplo, de Argentina, donde en el caso del grupo pueden concentrarse las competencias judiciales en torno al juez «al que correspondiera entender en el concurso de la persona con activo más importante según los valores que surjan del último balance» (art. 67.1.º LCQ). Es un factor que no ha dejado indiferente a la doctrina. Así, BONFANTI, M. A., y GARRONE, J. A., *Concursos y quiebras*, cit., p. 252: «[E]l fundamento referido al “activo más importante” ha perdido sustancia técnica, por cuanto en el supuesto que nos ocupa pareciera más razonable otorgar competencia al juez que investigue la crisis patrimonial del grupo en cuyo derredor giren las decisiones políticas. En el complejo grupal, más allá de lo cuantitativo —que es obvio—, las decisiones a tomar pueden ser producto de planes o directivas que trasciendan lo estrictamente patrimonial, por múltiples circunstancias que hagan a la vida —y proyección— del grupo». Por su parte, RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, cit., p. 159, citan una excepción en la cual se decretó una alteración del juez competente porque donde estaba el mayor activo había muy poco pasivo: «Si de la totalidad de los acreedores nominados por ambas empresas integrantes de un grupo económico que solicitaron la apertura de su concurso preventivo existe un escaso número de ellos que se domicilia en la jurisdicción controlada —la cual, a su vez, es la de mayor activo—, corresponde declarar la competencia de los tribunales sitos en la jurisdicción de la controlante, a fin de evitar que un gran número de acreedores deba afrontar el costo de tener que litigar en sede provincial (CNCom., sala D, 28-8-98, “Argenblue SA s/Conc.prev.”, LL del 20-4-99, f. 98.606)». Sin embargo, añaden en p. 165 que «[l]a localización de los acreedores de quien solicita la apertura de su concurso preventivo no constituye pauta legal para la determinación del juez con competencia territorial llamado a conocer en el mismo (del voto en disidencia de fundamentos del Dr. Cuartero) (CNCom., sala D, 28-8-98, “Argenblue SA s/Conc.prev.”, LL del 20-4-99, f. 98.606)».

La elección entre el establecimiento de un modelo temporal o un modelo objetivo no resulta una tarea sencilla, ya que los ambos tienen grandes ventajas pero también poderosos inconvenientes.

2. Los inconvenientes del criterio temporal

El establecimiento de un criterio temporal aumenta el riesgo de *forum shopping*, ya que la presentación de la primera solicitud no deja de ser un hecho circunstancial manipulable por diversos sujetos. En efecto, los legitimados para presentar la solicitud tienen también en su mano la consecución de una determinada competencia territorial, puesto que pueden decidir qué deudor es el primero en solicitar el concurso³³⁷. Al ser imposible conocer a priori cuál va a ser el primero en ser declarado en concurso, los diversos interesados (principalmente, los acreedores) pueden verse gravemente perjudicados. Cuando rige un criterio de prioridad temporal, prácticamente cualquier lugar puede ser escogido para concentrar los concursos conexos³³⁸. Eventualmente, puede dar lugar también a una «competencia entre juzgados» para hacer más efectiva su jurisdicción³³⁹.

En contra del criterio temporal también puede cuestionarse la deferencia con la que cabe tratar un foro elegido primariamente por los abogados de los concursados, en atención a su propia conveniencia o a la de sus clientes, en vez de en atención a los acreedores de estos últimos. Puede abusarse de un criterio temporal, por ejemplo, en aquellos casos en los que el deudor «principal» tenga una pequeña filial también en situación de insolvencia domiciliada en un lugar más deseable para tramitar los concursos de ambas (por los motivos que sean). Así, la matriz (deudor principal) puede forzar la declaración de concurso de la filial en primer lugar, de forma que la competencia sobre ambas quede concentrada en un foro que le resulte más favorable a la primera³⁴⁰.

En el caso de los grupos, las manipulaciones fraudulentas del foro a las que puede dar lugar el principio de prioridad pueden limitarse mediante la prohibición de que se acojan al foro judicial del grupo los miembros de este que tengan una importancia poco significativa en el mismo. El problema se centra entonces en fijar los parámetros a tener

³³⁷ Lo reconoce HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 445.

³³⁸ Piénsese que, en el caso de un grupo, existiría la posibilidad de adquirir una filial como «vehículo de insolvencia» (*Insolvenzvehikel*).

³³⁹ El determinar si dicha competencia es algo positivo (*race to the top*) o negativo (*race to the bottom*) en cuanto a la calidad de la actividad jurisdiccional, es algo que excede los objetivos del presente trabajo. Se trata de una cuestión que ha sido eminentemente debatida en el ámbito internacional, pero no solo: en los Estados Unidos existe también una fuerte competencia entre Estados en materia de Derecho societario, lo cual ha llevado a algún autor a clasificar la doctrina en dos categorías: los *Delaware enthusiasts* y los *Delaware skeptics*, dependiendo del tipo de efecto (positivo o negativo) que creen que tiene el *forum shopping*. V. KLÖHN, L., «Verlegung des Mittelpunkts der hauptsächlichlichen Interessen iSd Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO vor Stellung des Insolvenzantrags», *KTS*, núm. 3 (2006), p. 266. En defensa del *forum shopping* en aras de una *race to the top*, v. RASMUSSEN, R., y THOMAS, R., «Timing Matters: Promoting Forum Shopping by Insolvent Corporations», cit., p. 1382 y ss.

³⁴⁰ V. RESNICK, A., y SOMMER, H., (eds.): *Collier on Bankruptcy*, cit., vol. I, ¶ 4.01[3], sobre el criterio temporal que establece el US Code.

en cuenta para determinar dicha importancia. Una opción, más estricta, consiste en establecer criterios cuantitativos, basados en el porcentaje que ocupe cada sociedad en el grupo a determinados efectos (por ejemplo, la cifra de beneficios netos, activo total, pasivo exigible, etc.). Así, una sociedad que no alcance cierto umbral de representatividad no podría atraer sobre sí la competencia para conocer del resto de concursos de miembros del grupo. La problemática se centrará, precisamente, en la fijación de ese umbral. Otra opción, más flexible pero también más difícil de aplicar, es el establecimiento de un criterio cualitativo, de forma que la importancia relativa de cada miembro del grupo se determine en función de los roles que desempeñe en el seno del mismo. Así, serían miembros significativos aquellos que realicen actividades esenciales o tengan funciones vitales para el funcionamiento del grupo. Naturalmente, también es posible prever alternativamente criterios cuantitativos y cualitativos³⁴¹.

El establecimiento de un criterio temporal puede plantear otras dificultades, como por ejemplo la presentación de solicitudes de declaración de concurso simultáneas o la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue presentada en primer lugar. En estos casos, conviene establecer un criterio subsidiario claro y fácilmente comprobable³⁴².

3. Los inconvenientes de los criterios objetivos

Los criterios objetivos también pueden ser objeto de manipulación, si bien esta es más difícil. En efecto, es posible alterar el centro de intereses principales (de la sociedad dominante o del deudor con mayor pasivo), pero no sencillo. Sí que puede, por el contrario, alterarse el domicilio, esto es, trasladar el lugar sobre el cual radica la presunción de localización del centro de intereses principales: por ejemplo, en el caso de un grupo, el domicilio de la matriz puede ser desplazado o transferido con el fin de que todos los concursos se tramiten en un determinado lugar³⁴³.

³⁴¹ Ejemplo de todo ello es la propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung* (*InsO-E*, de fecha 3.1.2013). En este texto prelegislativo, el criterio que se emplea para determinar la competencia judicial es el principio de prioridad. Sin embargo, la presentación de una solicitud de apertura del procedimiento presentada en primer lugar no podrá tener el efecto de atraer sobre sí la competencia para conocer de los concursos del resto de miembros del grupo cuando el deudor que presenta la solicitud no ostente un rol menor en el seno del grupo o, con otras palabras, no carezca de una importancia significativa en este. En relación con este último requisito, el Anteproyecto prevé dos tipos de criterios para determinar el peso relativo de cada miembro del grupo: uno cuantitativo y otro cualitativo. Conforme a un criterio cuantitativo, no son miembros significativos del grupo los deudores cuyas cifras de activos totales (*Bilanzsumme*) e ingresos (*Umsatzerlöse*) hayan representado, en el ejercicio anterior, menos del diez por ciento del conjunto de los activos totales e ingresos agregados a nivel del grupo. Siguiendo un criterio cualitativo, la importancia significativa de cada miembro del grupo se determina en relación con los roles que ostentan en el seno del grupo (§ 3a (1) *InsO-E*).

³⁴² Por ejemplo, la propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung* (*InsO-E*, de fecha 3.1.2013) establece que, para el caso de que se hayan presentado solicitudes de apertura simultáneas, o bien no pueda determinarse con certeza cuál fue presentada en primer lugar, deberá atenderse a la solicitud relativa al deudor con mayor cifra de activos totales.

³⁴³ Se trata de una cuestión que ha dado lugar a un encendido debate en el ámbito internacional en el caso de los grupos de sociedades. No en vano se ha afirmado que los concursos conexos en el seno de un grupo son el prototipo de las insolvencias transfronterizas. V. PAULUS, C., «Tochtergesellschaft,

Hauptinsolvenzverfahren/”Hettlage-Österreich“», *EWiR*, núm. 20 (2004), p. 493; LIEDER, S., «Grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen – Ende eines Irrweges?» en Smid (dir.): *Schriften zum Deutschen, Europäischen und Internationalen Insolvenzrecht*, Berlín [De Gruyter], 2007, p. 100; VALLENDER, H., «Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO – eine neue Herausforderung für Insolvenzgerichte-», *KTS*, núm. 69 (2008), p. 63 y WELLER, M. P., «Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen», cit., p. 571. En general, los grupos que actúan a nivel internacional emplean, a fin de establecer su actividad en cada estado —por razones de aislamiento de responsabilidad—, como vehículos a sociedades filiales nacionales. A pesar de que estas, a diferencia de las sucursales, son jurídicamente independientes porque cuentan con personalidad jurídica separada, desarrollan su actividad en el ámbito nacional cuando la dirección de la misma está situada en el extranjero. El hecho de que la dirección esté en un lugar y las actividades empresariales se desarrollen en otro da lugar, en caso de insolvencia, a un explosivo conflicto a la hora de determinar los tribunales de qué Estado son competentes para conocer del concurso de la filial (o bien los del Estado en el cual está la dirección, o bien el Estado en el cual la filial desarrolla su actividad).

A nivel comunitario, en la era *pre-Eurofood*, la que la doctrina alemana distinguía tres planteamientos para determinar el centro de intereses principales de una sociedad perteneciente a un grupo. Para una breve aproximación a las distintas posturas, v. LEITHAUS, R., «Veranstaltung zu grenzüberschreitenden Insolvenzen in der Insolvenzpraxis in Köln», *NZI*, núm. 4 (2004), pp. 194 y 195. Dependiendo del planteamiento que se adoptase, los resultados eran distintos. Así, en primer lugar podía entenderse que el centro de intereses principales radicaba en el lugar donde se realizase la actividad empresarial (*Hauptort der werbenden Geschäftstätigkeit*). Defiende abiertamente esta postura, por ejemplo, KEBEKUS, F., «Hauptinsolvenzverfahren, Sekundärinsolvenzverfahren, Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen/“EMBIG I“», *EWiR*, núm. 20 (2004), p. 705. En segundo lugar, podía entenderse que el centro de intereses principales radicaba en el lugar donde estuviese el *mind of management* (o *command and control*), esto es, donde se concentrasen las *head office functions* (dirección empresarial, comercial y personal) de la filial y desde donde se controlase a la misma. Este planteamiento era rechazado, especialmente por la doctrina alemana, al entender que su empleo en grupos centralizados desembocaría necesariamente en la competencia de un órgano jurisdiccional no deseado, en un lugar donde no hubiese ni patrimonio, ni acreedores, ni trabajadores de la filial. V., por ejemplo, BÄHR, B., y RIEDEMANN, S., «Zuständigkeit des inländischen Insolvenzgerichts für Hauptinsolvenzverfahren trotz strategischer Unternehmensführung am Sitz der englischen Muttergesellschaft (“EMBIG I”)–Anmerkung», *ZIP*, núm. 22 (2004), p. 1067; PENZLIN, D., y RIEDEMANN, S., «Bestimmung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen des Schuldners – MG Rover – Anmerkung», *NZI*, núm. 8 (2005), p. 469; PANNEN, K., y RIEDEMANN, S., «Der Begriff des “centre of main interests” i.S. des Art. 3 I 1 EuInsVO im Spiegel aktueller Fälle aus der Rechtsprechung», *NZI*, núm. 12 (2004), p. 647; SABEL, O., «Hauptsitz als Niederlassung im Sinne der EuInsVO», *NZI*, núm. 3 (2004), p. 126 y WELLER, M. P., «Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?», cit., pp. 412 y ss. En tercer lugar, podía entenderse que el centro de intereses principales era aquel donde tuviese lugar la administración efectiva (*effektiver Verwaltungssitz*) de cada sociedad del grupo. Esta perspectiva se diferencia de la anterior en que no se basa en cuestiones internas del grupo (como la dirección financiera o estratégica o el ejercicio del control), sino más bien en la determinación del lugar reconocible para terceros desde donde se dirige el negocio de la filial.

Este debate surgió a raíz de la agria discusión surgida entre Alemania e Inglaterra, donde la primera acusaba a la segunda de «Imperialismo de la insolvencia» (*Insolvenzimperialismus*) y de fomentar el «turismo de la insolvencia» (*Insolvenztourismus*), por emplear tempranamente criterios de determinación del centro de intereses principales basados, esencialmente, en el *mind of management*, lo cual determinó que las insolvencias de buena parte de filiales alemanas se declarasen en territorio inglés. Ejemplos de lo anterior son los casos de Crisscross Telecommunications Group (2003), Enron Directo S. L. (2002) y Grupo Daisytek (2003). Una recopilación comentada de los supuestos más representativos puede encontrarse en KEGGENHOFF, C., *Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren*, Hamburgo [Dr. Kovac], 2006, pp. 53 y ss. La adopción del criterio «inglés» conducía a la concentración de las competencias judiciales, de forma que los concursos de las sociedades pertenecientes al mismo grupo se tramitaban de forma más coordinada. Además, la ley material que se aplicaba a los procedimientos era la misma. V. KAMMEL, V., «Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen», cit., p. 335; WELLER, M. P., «Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen», cit., p. 573; y, sobre todo, FLETCHER, I. F., *Insolvency in Private International Law*,

Nueva York [Oxford University Press], 2005, pp. 387 y 388; ZIEGEL, J., «Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada – United States Perspective», cit., pp. 376 y ss., y PAULUS, C., «Tochtergesellschaft, Hauptinsolvenzverfahren/”Hettlage-Österreich“», cit., pp. 494 y ss. Sin embargo, esta concentración también tenía desventajas, especialmente para los acreedores, ya que podían verse confrontados por un estatuto concursal (un Derecho material y un procedimiento) distinto del que esperaban y con el cual no habían contado. La *lex concursus* extranjera podía suponerles perjuicios o pérdidas en sus posiciones jurídicas, por las diferencias en la normativa concursal. Incluso cuando la normativa concursal extranjera supusiese un beneficio para algunos acreedores, estos se verían peor tratados desde un punto de vista de acceso a la justicia, ya que no podían hacer valer sus créditos ante un juez nacional, sino que tendrían que acudir al concurso extranjero con el consiguiente incremento de costes. Llama la atención sobre estos inconvenientes RASMUSSEN, R., «The Problem of Corporate Groups, A Comment on Professor Ziegel», cit., pp. 395 a 405. Para evitar o, al menos, paliar estos inconvenientes, se sugirió la posibilidad de proteger a los acreedores locales mediante la apertura de un procedimiento secundario, de forma que se «desincorporase» una parte de la masa del concurso principal, sobre la cual ya no se aplicaría la *lex fori concursus generalis* extranjera, sino la *lex fori concursus particularis* nacional (art. 28 REI), que suele estar en armonía con los cálculos de riesgo de los acreedores y sus expectativas (de foro competente y de ley aplicable, tanto procesal como sustantiva). Esta posibilidad la admiten expresamente WELLER, M. P., «Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen», cit., pp. 584 y ss.; MANKOWSKI, P., «Internationale Zuständigkeit in Insolvenzsachen, Konzerninsolvenz/”Rover“», *EWiR*, núm. 21 (2005), p. 638; PENZLIN, D., y RIEDEMANN, S., «Bestimmung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen des Schuldners – MG Rover – Anmerkung», cit., p. 471; MENJUCQ, M., «EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies», *ECFR*, núm. 5 (2008), pp. 135 a 147. Contra, EHRICKE, U., «Die neue Europäische Insolvenzverordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen», cit., pp. 104 y ss.; EIDENMÜLLER, H., «Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO», *NJW*, núm. 48 (2004), p. 3459; MOSS, G., «Group Insolvency – Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism», *Brook. J. Int'l L.*, núm. 32 (2007), p. 1017. V., también, al respecto, DUURSMA-KEPPLINGER, H. C., «Checkliste zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach der Europäischen Insolvenzverordnung und zum anwendbaren Recht», *NZI*, núm. 2 (2003), pp. 87 a 91. Por otra parte, varios autores alemanes se mostraron contrarios a que la competencia judicial internacional se determinase conforme a factores internos del grupo, porque estos podían ser objeto de manipulación. Por eso consideraban imprescindible que los factores a tener en cuenta estuviesen relacionados con hechos cognoscibles por terceros externos al grupo. V., por ejemplo, ROTSTEGGE, J., «Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz in- und ausländischer Konzerngesellschaften», cit., p. 960; EHRICKE, U., «Die neue Europäische Insolvenzverordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen», cit., p. 103; MANKOWSKI, P., «Internationale Zuständigkeit in Insolvenzsachen, Konzerninsolvenz/”Rover“», cit., pp. 637 y 638 y, del mismo autor, «Insolvenzverfahren, internationale Zuständigkeit, EU-Staaten, Kollision/”ISA III“», *EWiR*, núm. 19 (2003), pp. 1240 y ss.; PANNEN, K., y RIEDEMANN, S., «Der Begriff des “centre of main interests” i.S. des Art. 3 I 1 EuInsVO im Spiegel aktueller Fälle aus der Rechtsprechung», cit., p. 646 y 647.

Todo lo anterior debe reconsiderarse a la luz de la decisión del Tribunal Europeo de Justicia de 2 de mayo de 2006 en el caso C-341/04 *Re Eurofood IFSC Ltd*. En esta resolución, el Tribunal afirma —entre otras cosas— que la presunción a favor del domicilio social para fijar el centro de intereses principales solo puede desvirtuarse si existen factores objetivos y cognoscibles por terceros que así lo apoyen. Por ejemplo, podría desvirtuarse la presunción en el caso de que en el lugar del domicilio social el deudor no realice ninguna actividad y solo tenga una dirección postal. Ahora bien, el mero hecho de que la actividad del deudor esté controlada por una sociedad matriz en otro Estado miembro no es suficiente para dejar sin efecto la presunción. V., al respecto, FLETCHER, I. F., *Insolvency in Private International Law. Supplement to Second Edition*, Nueva York [Oxford University Press], 2007, pp. 115 y ss. Sin embargo, algunos autores se han mostrado críticos con la resolución, dado que el Tribunal no ha acotado suficientemente el margen interpretativo de los órganos jurisdiccionales. Así, v. LIEDER, S., «Grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen – Ende eines Irrweges?» cit., p. 101; BUFFORD, S. L., «Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice», *Northwest. J. Int'l L. & Bus.*, núm. 27 (2007), pp. 361 y ss., y ESPINIELLA, A., «Proposals on the Reform of the Council Regulation (EC) 1346/2000 on Insolvency Proceedings», *ADC*, núm. 24 (2011), pp. 229 a 239.

Pese a que los cambios de domicilio social anteriores a la declaración de concurso solo se tendrán en cuenta de cara a la determinación de la competencia territorial si se producen con cierta antelación (art. 10.1 LC)³⁴⁴, el hecho de que el cambio de domicilio haya tenido que producirse con una determinada antelación para ser tenido en cuenta a efectos concursales únicamente dificulta las manipulaciones de la competencia territorial, pero no las elimina por completo.

Operaciones más complejas, como la de trasladar parte del pasivo a una sociedad instrumental, y solicitar su concurso para que la competencia territorial sobre ella atraiga a los concursos de las demás sociedades del grupo, son posibles, pero si se producen inmediatamente antes de la solicitud de concurso deberían ser objeto de examen por el órgano jurisdiccional de cara a aceptar o declinar su competencia.

Otra fuerte crítica contra el establecimiento de criterios objetivos para la determinación de la competencia territorial es que son demasiado complejos para el proceso civil y no encajan bien en el diseño de este. Los criterios civiles de atribución de competencia han de ser claros y de fácil determinación. El Derecho procesal huye, en general, de los conceptos cuya individualización sea excesivamente costosa o pueda generar litigiosidad. Y entre tales conceptos podría incluirse el de «centro de intereses principales de la sociedad matriz» o «sociedad con mayor pasivo». Incluso puede ser excesivo pedir que el juez determine si existe o no un grupo³⁴⁵.

También puede resultar perjudicial el establecimiento de un fuero estático y sin excepciones. Por ejemplo, el domicilio de la matriz en el caso de los grupos puede ser problemático en el caso de que la matriz no sea insolvente o tenga el domicilio en el extranjero.

El Tribunal Europeo de Justicia ha profundizado en estas cuestiones a raíz de la reciente sentencia de 20 de octubre de 2006 en el caso C-396/09 *Interedil*. En dicha resolución, se precisa que, entre los factores objetivos y cognoscibles que pueden tenerse en cuenta para desvirtuar la presunción de que el centro de intereses principales coincide con el domicilio social, figuran, en particular, el conjunto de los lugares en que la sociedad deudora ejerce una actividad económica y de aquellos en los que posee bienes, siempre que esos lugares sean visibles para terceros. La consideración de esos factores debe realizarse de forma conjunta, a la vista de las circunstancias propias de cada situación. También precisa el Tribunal que, en caso de traslado del domicilio de una sociedad deudora antes de presentarse la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, se presume que el centro de sus intereses principales se encuentra en su nuevo domicilio social. Sin embargo, tal presunción puede desvirtuarse (esto es, puede trasladarse el domicilio y con ello la presunción, pero esta no será aplicable si el centro de intereses principales está en otro lugar).

³⁴⁴ La ineficacia del cambio de domicilio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso tiene como función el destruir el juego de la presunción de que el centro de intereses principales está situado en el lugar del domicilio social. Así se evita, según explica la Exposición de Motivos, «que la competencia se configure con criterios ficticios» (IV E.M.).

³⁴⁵ Aunque esto se haya simplificado con la aclaración en cuanto al concepto de grupo que es relevante en sede concursal (D. F. 6.^a LC), sigue siendo necesario el examen de los requisitos que deben concurrir para que pueda considerarse grupo a un determinado entramado societario (art. 42.1 CCom). En Alemania, ha llamado la atención sobre este punto SCHMIDT, K., *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen (Befunde, Kritik, Perspektiven)*, cit., p. 222.

Por último, también puede suceder que no existan vínculos reales con el lugar en el que finalmente se acumulen los concursos conexos. Así puede suceder en el caso de que el centro de los intereses principales de una matriz-holding atraiga la competencia territorial sobre el resto de las sociedades del grupo, de manera que el conjunto de los concursos se tramiten en una demarcación territorial donde ninguno de los deudores mantenga actividad ni trabajadores.

4. Conclusiones preliminares

Los argumentos anteriores hacen que sea mayoritaria la preferencia por el criterio temporal, por tratarse, en principio, de una regla de competencia clara y segura³⁴⁶. No faltan voces, sin embargo, que abogan por el establecimiento de un criterio objetivo³⁴⁷. En realidad, la divergencia de opiniones deriva de la tensión que existe entre la claridad del criterio de atribución de competencia y la posibilidad de que sea manipulado. El criterio temporal es, sin duda, el más claro y fácil de aplicar. También es, sin embargo, el más fácilmente manipulable. Con los criterios objetivos ocurre justamente lo contrario: su aplicación genera mayores interrogantes, pero manipularlos es más difícil.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los objetivos de preservar la claridad de la norma y de evitar su manipulación son ambas manifestaciones de la seguridad jurídica. De ahí que no exista una solución definitiva a esta cuestión. En cualquier caso, ya se ha visto cómo, de todas las opciones analizadas, ninguna elimina completamente el riesgo de un uso interesado de la concentración de competencias judiciales. Parece, por lo tanto, que no puede evitarse el *forum shopping*. Existe el riesgo de que se produzca con independencia del criterio de atribución de competencias que se establezca. Ahora bien, si el *forum shopping* es algo indeseable, más indeseable resulta un sistema ineficiente. Por eso, es preferible asumir un determinado nivel de riesgo de *forum shopping*, antes que

³⁴⁶ En Estados Unidos, el Título 28 parte IV del US Code (normas reguladoras de la jurisdicción y la competencia) § 1408, se prevé como fuero electivo el del juzgado donde ya penda un concurso dirigido contra otro miembro del grupo de empresas. V. RESNICK, A. y SOMMER, H., (eds.): *Collier on Bankruptcy*, cit., vol. I, ¶ 4.01.

En Alemania destaca EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 486. En el Congreso de la VID (*Verband Insolvenzverwalter Deutschlands*, Asociación alemana de Administradores Concursales) celebrado en Múnich en noviembre de 2007, el Secretario de Estado de Justicia DIWELL anunció las reflexiones del Gobierno Federal sobre el concurso de grupos. Tales reflexiones, largamente esperadas por la doctrina, fueron objeto de consideración de HIRTE en su artículo «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., pp. 444 a 449. En dicho artículo, HIRTE menciona una propuesta de reforma de la *InsO* de cara a incluir la regulación expresa de la concentración de competencias judiciales en concursos de sociedades del mismo grupo. La propuesta consagra el principio de prioridad, renunciando a otorgar competencia al juez de la matriz.

La reciente propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de la *Insolvenzordnung* en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo (*InsO-E*, de fecha 3.1.2013) se decanta por el principio de prioridad como criterio de determinación de la competencia judicial en caso de concursos conexos (§ 3a (1) *InsO-E*).

³⁴⁷ V. GRAEBER, T., «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 267.

vetar completamente la posibilidad de concentrar las competencias judiciales en los concursos conexos.

El criterio objetivo que, en nuestra opinión, resulta más recomendable es el referido al deudor con mayor pasivo. El lugar donde este tenga su centro de intereses principales será donde presumiblemente se encuentre el mayor número de acreedores (o los acreedores cuantitativamente más importantes)³⁴⁸. Podemos defender esta elección acudiendo a la doctrina del foro natural (*the natural forum*). Conforme a esta teoría, surgida en el Derecho internacional privado del *common law* para evitar el *forum shopping*, el foro natural es el «lugar más adecuado para tramitar el procedimiento en interés de todas las partes afectadas y de cara a la consecución de los fines de la justicia»³⁴⁹. Su determinación se justifica por el nexo entre el foro y el procedimiento. Si se traslada este análisis al Derecho concursal, cuya finalidad principal es lograr la mayor satisfacción de los acreedores, parece lógico concluir que el foro natural será aquel que más convenga a los mismos o, al menos, al mayor número de estos. Así, puede concluirse que el foro natural será aquel donde mayor sea el pasivo (esto es, el lugar donde haya más acreedores o los créditos de estos sean más elevados). Cuando estemos en procedimientos muy complejos o, como en el caso que nos ocupa, vinculados o conexos, el foro natural deberá entenderse como aquel con el cual los diversos concursos tengan el nexo más cercano y real³⁵⁰.

El foro natural es también aquel en el que mejor se puede disponer o conocer de todos los aspectos del procedimiento. En este sentido, puede coincidir con el lugar donde radique el centro de los intereses principales de la sociedad dominante, ya que, previsiblemente, será donde se conserve la documentación más relevante o donde estén los domicilios de administradores comunes (de haberlos) a las sociedades del grupo. De ahí que también resulte positivo que el criterio objetivo sea el del lugar donde radique el centro de los intereses principales de la sociedad dominante. Obviamente, la sociedad dominante no tiene por qué ser la sociedad con mayor pasivo o mayor número de acreedores. Sin embargo, puede resultar ventajoso su establecimiento como criterio objetivo porque resulta más fácilmente cognoscible para un acreedor. En efecto, el nivel de pasivo de cada uno de los deudores es un parámetro de difícil determinación para una persona externa y de alta variabilidad en lapsos de tiempo relativamente breves.

5. La solución de la Ley Concursal

La Ley Concursal contiene, tras la Ley 38/2011, un sistema mixto y en cierto modo caótico³⁵¹. Las causas de este caos son dos. En primer lugar, no coinciden los criterios de

³⁴⁸ V. DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 204.

³⁴⁹ V. BELL, A., *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford [Oxford University Press], 2003, p. 88.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 117.

³⁵¹ En Italia existen algunos problemas de coordinación en cuanto a los criterios de determinación de la competencia judicial en el caso de la *amministrazione straordinaria* «común» y la *amministrazione*

determinación de la competencia territorial para la acumulación inicial y para la acumulación sobrevenida. En segundo lugar, los criterios se fijan separadamente para el caso de los grupos de sociedades, por un lado, y para el resto de supuestos, por otro.

5.1. Los criterios de atribución de la competencia en el caso de la acumulación inicial de concursos

5.1.1. Grupos de sociedades

En el caso de los grupos de sociedades, la acumulación inicial de concursos debe solicitarse y tramitarse ante el juez donde tenga el centro de intereses principales la sociedad dominante. Si el concurso no se solicitase respecto de esta, entonces la competencia pertenece al juez del lugar donde tenga el centro de intereses principales la sociedad del grupo con mayor pasivo (art. 25.4 LC)³⁵².

Se establecen así dos criterios objetivos, cuya aplicación dependerá de si la declaración de concurso se solicita también respecto de la sociedad dominante del grupo o no. La elección del foro donde tenga el centro de intereses principales la sociedad dominante como criterio prioritario en el caso del grupo puede verse como una emanación del propio concepto de «centro de intereses principales», ya que es allí donde se administran los intereses del grupo. Ya se sabe que, en los grupos, es habitual entender que los intereses principales de las sociedades dominadas se administran conjuntamente con los de la sociedad dominante³⁵³. De ahí que resulte coherente que los concursos acumulados se tramiten ante el juez competente para conocer del concurso de la sociedad dominante.

straordinaria «especial». En efecto, en el caso de la segunda, la competencia para decidir sobre la conversión del fallimento en amministrazione straordinaria, pertenece al «tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza nella procedura madre» (art. 3 d.l. 23 diciembre 2003, n.º 347), mientras que, en el caso de la primera, pertenece al «tribunale del luogo dove le altre imprese abbiano la sede principale» (art. 82 d.lgs. 8 julio 1999, n.º 270). Ponen de manifiesto esta discrepancia NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursuali*, cit., p. 523. Se refieren extensamente a esta cuestión al hilo de sendos comentarios de jurisprudencia DI MAJO, A., «Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria», *Il fallimento*, núm. 2 (2008), pp. 218 a 229 y DE SABATO, E., «Gruppi di imprese: dal fallimento all'amministrazione straordinaria», *Giur. comm.*, núm. 36 (2009), pp. 193 a 199.

³⁵² Se mantienen los criterios anteriores a la reforma y reiteradamente aplicados sin que surgiese ningún problema al respecto. V. ATS [1.ª] 20.2.2009.

³⁵³ El motivo por el cual no se atribuye competencia al juez del lugar donde tenga su centro de intereses principales el deudor con mayor pasivo obedece, seguramente, a la primacía de la conexión administrativa como idea regulativa principal. Ciertamente, conforme a la definición legal del COMI, lo relevante es el lugar de administración de los intereses, no el lugar donde estos concretos intereses se localicen. Por «administración» debe entenderse la dirección y gestión de los intereses, y por «intereses» debe entenderse el negocio, la profesión, la empresa o el patrimonio. Lugar de administración es, en definitiva, el lugar desde donde el deudor conduce su negocio, profesión, empresa o gestiona su patrimonio. V. VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., «Art. 10. Competencia Internacional y Territorial», cit., p. 326. Ahora bien, es discutible que quepa la concentración de competencias judiciales por aplicación de la doctrina Eurofood a la vista del ATS [1.ª] 4.10.2011, donde se ventilaba la competencia judicial territorial para conocer de los concursos de una sociedad dominada y su sociedad dominante. Nos da la pista el f.j. 2.º, dice que «[d]esde el punto de vista procesal, lo procedente en este caso no sería el planteamiento de una cuestión de competencia "positiva", sino que debería acudir a lo que dispone el artículo 25.1 de la Ley Concursal».

Para el caso de que no se solicite la declaración de concurso de la sociedad dominante, la norma establece un criterio objetivo subsidiario (que, además, coincide con el criterio que de forma general es aplicable al resto de supuestos de concursos conexos) que coincide con el lugar donde tenga el centro de intereses principales la sociedad con mayor pasivo. Así, en el caso de la acumulación inicial, el criterio de determinación de la competencia se establece de forma circular: con carácter general, es el lugar donde está el centro de intereses principales del deudor con mayor pasivo. La excepción a esto es el caso de los grupos, en cuyo caso será el lugar donde tenga el centro de intereses principales la sociedad dominante. A su vez, la excepción de la excepción (cuando la declaración de concurso no se solicite respecto de la dominante) retorna al criterio general: el lugar donde esté el centro de intereses principales de la sociedad con mayor pasivo.

5.1.2. Resto de supuestos

En el resto de supuestos, el criterio es siempre el mismo: el lugar donde tenga el centro de intereses principales el deudor con mayor pasivo (art. 25.4 LC). El principal problema que plantea esta elección surge en aquellos casos en los que la solicitud de declaración conjunta la presenta un acreedor, quien, por lo general, carecerá de la información necesaria acerca del pasivo de cada uno de los deudores. Esto puede dar lugar a que el órgano jurisdiccional ante el cual se presente inicialmente la solicitud se declare, una vez realizadas las averiguaciones pertinentes, incompetente territorialmente para conocer de los concursos acumulados y dé lugar, así, a una dilación en la tramitación de los procedimientos.

El momento en el que debe computarse el pasivo a efectos de determinación de la competencia es el del momento en que se presenta la solicitud (por interpretación conjunta con el art. 25 bis.3 LC).

Aisladamente se ha defendido que, en el caso de acumulación de los concursos de socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una persona jurídica, la competencia debe atribuirse al órgano jurisdiccional que conozca del concurso de esta última, y no al que conozca del deudor con mayor pasivo³⁵⁴. Esta afirmación parece fundamentarse en la normativa anteriormente vigente, que contemplaba, precisamente, este criterio³⁵⁵.

5.2. Los criterios de atribución de la competencia en el caso de la acumulación posterior de concursos

5.2.1. Grupos de sociedades

³⁵⁴ CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, cit., p. 111.

³⁵⁵ En efecto, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, se preveía que, en los casos de concurso de deudor persona jurídica, se podría solicitar la acumulación *a ese procedimiento* de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la misma (antiguo art. 25.1 LC).

Al igual que sucede con la acumulación inicial, la acumulación posterior en el caso de los grupos se establece en torno a dos criterios, dependiendo de que la sociedad dominante esté o no incluida en el perímetro de consolidación. El criterio objetivo primordial es el del lugar donde tenga el centro de intereses principales la sociedad dominante —coincide así con el criterio primordial de la acumulación inicial— (art. 25 bis.3 LC).

Sin embargo, difiere el criterio subsidiario que se establece para aquellos casos en los que la sociedad dominante no ha sido declarada en concurso. En efecto, en estos casos será competente el juez «que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo» (art. 25 bis.3 *in fine* LC). Esto es, se establece un criterio temporal. La primera valoración que debe hacerse es que la heterogeneidad de los criterios para la acumulación inicial y la posterior genera un sistema alambicado y confuso. La segunda valoración es que, mediante el establecimiento de un criterio temporal, se abre la puerta a prácticas de *forum shopping* (ya que basta con solicitar el concurso de una sociedad para atraer sobre ese foro la competencia respecto al resto de los miembros del grupo). En tercer lugar, es posible que, de este modo, resulte competente para conocer del conjunto de los concursos de varias sociedades de un grupo el del lugar donde radique el centro de los intereses principales de una sociedad con un nivel de pasivo insignificante (tanto en términos absolutos como el términos relativos respecto a los pasivos de las demás sociedades).

La razón de ser de esta falta de coincidencia entre el criterio subsidiario para la acumulación inicial y la acumulación posterior radica sin duda en el aprovechamiento de las economías de escala que pueden haberse generado por el hecho de que un determinado órgano jurisdiccional lleve más tiempo conociendo de un concurso³⁵⁶. Tiene sentido, en efecto, que sea aquel quien conozca de sucesivos concursos conexos a este. Sin embargo, los problemas que plantea el establecimiento de un criterio temporal no son fácilmente desdeñables (v., *supra*, en relación con la manipulación fraudulenta del foro). Por eso debería haberse habilitado también la posibilidad de que sea el juez del lugar del centro de intereses principales de la sociedad con mayor pasivo quien conozca de los concursos de las sociedades del grupo en el caso de que la sociedad dominante no entre en el perímetro de acumulación.

5.2.2. Resto de supuestos

³⁵⁶ También es un reflejo de las normas procesales civiles, donde la competencia se atribuye al juez que conoce del proceso más antiguo. Así lo entiende CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, cit., p. 111: «El legislador mantiene un criterio diferente para la fijación de la competencia cuando no concursa la sociedad dominante, en los casos de declaración conjunta de concurso (en los que el juez competente es el que lo fuera para el concurso de la sociedad con mayor pasivo: art. 25.4); y en los de acumulación de concursos de sociedades del grupo ya declarados en diferentes Juzgados (en los que se atribuye la competencia al juez que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades deudoras: art. 25 bis.3). Sin embargo, no parece que la adopción de criterios diferentes sea una improvisación o descoordinación del legislador, sino que la no toma en consideración en el segundo caso del concurso con mayor pasivo responde a la aplicación de la regla general en los casos de acumulación de procesos de atribuir la competencia al Juez que conoce del proceso más antiguo (cfr. art. 79 LEC)».

En el caso de la acumulación posterior, el criterio para determinar la competencia en el resto de supuestos de concursos conexos coincide plenamente con el criterio empleado para la acumulación inicial. Esta coincidencia debe alabarse, porque facilita las cosas a los agentes implicados. Las críticas realizadas cuando la acumulación se produce ab initio (la falta de información de los acreedores acerca del nivel de pasivo de cada deudor) no resulta, en principio, aplicable cuando la acumulación es posterior, dado que serán datos presumiblemente conocidos.

Llama la atención que el precepto especifique que el nivel de pasivo debe computarse «en el momento de la presentación de la solicitud de concurso». Sin duda, esta aclaración obedece no solo a evitar interpretaciones diversas por parte de los tribunales, sino también al deseo de que coincida el órgano jurisdiccional competente para conocer de los concursos acumulados inicialmente con el competente para conocer de los concursos acumulados en un momento posterior.

V. La permanencia de la concentración de competencias

Con independencia de cuál sea el criterio elegido para determinar la competencia territorial, surge la cuestión de si la concentración de competencias ante un mismo juzgado ha de tener carácter permanente (esto es, que se mantenga en el tiempo) o no. Sirve de base a esta consideración el hecho de que, si bien en buena parte de los casos los deudores conexos devendrán insolventes de manera cuasi simultánea, no siempre habrá de ser así. Puede suceder que uno de los deudores conexos sea declarado en concurso mientras se tramitan los concursos del resto de los deudores conexos e incluso tras la conclusión de estos.

Si lo que sucede es que otro deudor conexo es declarado en concurso mientras que los concursos de los demás se están tramitando, tiene sentido que se le permita tramitar el procedimiento ante el mismo juzgado que conoce de los concursos del resto, ya que los efectos positivos que se dan cuando la tramitación es simultánea permanecen cuando los concursos conexos se declaran de forma consecutiva o secuencial. En este caso, no habría una solicitud conjunta de acumulación ni inicial ni posterior, sino una solicitud «individual» de uno de los deudores para que su concurso se acumule desde el principio a otros que ya están siendo tramitados ante un determinado órgano jurisdiccional.

Puede también ocurrir que uno de los deudores conexos devenga insolvente una vez concluidos los concursos de los demás. En estos casos surge la pregunta de si el juez común que conoció de todos estos concursos debería mantener su competencia de cara al nuevo procedimiento de un deudor vinculado, o si por el contrario habría de conocerlo el juez que corresponda conforme a las normas generales aplicadas al deudor cuya insolvencia ha surgido en último lugar. Por un lado, puede argumentarse que también en estos casos debe mantenerse la competencia territorial a favor de un único juzgado, ya que las ventajas en cuanto a información y trabajo preliminar ya realizado permanecen. El juez que haya conocido de los concursos de los demás deudores conexos se encontrará en una situación de clara ventaja respecto a un juez nuevo, que se enfrente por vez primera

a las relaciones entre los deudores (presumiblemente de una cierta complejidad y difícil de aprehender, como, por ejemplo, la estructura del grupo). Así, las ventajas en cuanto a la economía procesal parecen justificar el mantenimiento de la competencia judicial a favor del juez que conoció de los primeros concursos conexos. Los inconvenientes son tanto la inseguridad jurídica que ello es susceptible de generar como la desaparición gradual de los foros naturales en deudores conexos. Desde este punto de vista, pesan más las ventajas que los inconvenientes³⁵⁷. Desde otro punto de vista puede, no obstante, objetarse que esta medida únicamente resulta procedente cuando la apertura del nuevo procedimiento tenga lugar con una determinada «cercanía temporal» respecto de la conclusión del último de los procedimientos conexos tramitados con anterioridad. Lo contrario implicaría ignorar la práctica y la experiencia generales, que revelan unas relaciones societarias, personales, organizativas y patrimoniales cada vez más rápidas y cambiantes. Cuanto más tiempo pase entre la conclusión de los primeros concursos y el inicio del siguiente, más se diluirán los efectos positivos de la concentración de competencias judiciales, ya que el juez no podrá aprovechar sus conocimientos en el nuevo procedimiento, al haber devenido obsoletos y, por lo tanto, inútiles. La determinación de si concurre o no esa cercanía temporal es cuestión que deberá valorarse caso por caso. No parece que pueda fijarse un plazo general aplicable a todos los supuestos, ya que dependerá de si el entorno económico donde operen los deudores conexos es muy cambiante y dinámico o no. La fijación de un límite temporal para la permanencia de la concentración de competencias se basa tanto en consideraciones de seguridad jurídica como en que se trata de una medida que solo tiene sentido desde el punto de vista de la economía procesal si se da bajo ciertas condiciones (cercanía temporal y mantenimiento de las circunstancias).

VI. La coordinación entre órganos jurisdiccionales

La concentración de las competencias jurisdiccionales no es la única manera posible de armonizar la tramitación de los concursos conexos a nivel judicial. En el caso de que no sea posible, viable o conveniente que el mismo órgano jurisdiccional conozca de los diversos concursos, son imaginables otras vías para lograr un cierto nivel de coordinación aun cuando cada concurso conexo se tramite ante un juez distinto.

La coordinación de varios órganos jurisdiccionales puede arbitrarse en torno a dos grandes paradigmas. En primer lugar, puede atribuirse a uno de ellos un rol de liderazgo sobre los demás, de forma que caiga bajo sus facultades el velar por el desarrollo coordinado de los procedimientos. En segundo lugar, la coordinación entre los concursos puede basarse en la cooperación entre órganos jurisdiccionales que estén en un plano de igualdad. Aunque la Ley Concursal guarde silencio al respecto, es menester explorar ambas alternativas para determinar, eventualmente, su encaje en el Ordenamiento español, ya sea *de lege lata* o *de lege ferenda*.

³⁵⁷ V. EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 475.

1. El juez coordinador

La designación de uno de los jueces como juez coordinador es una opción válida de cara a la armonización de la tramitación de los concursos conexos³⁵⁸. Naturalmente, es necesario que las prerrogativas que se conceden a este órgano estén perfectamente acotadas y no interfieran en la independencia e imparcialidad de los demás órganos. Por eso, en modo alguno debería permitirse que el juez coordinador imparta órdenes a los otros. Una competencia típica que puede atribuirse a este órgano es el nombramiento de la administración concursal común. A falta de una previsión expresa en el Ordenamiento jurídico español, debe, sin embargo, descartarse esta posibilidad. Ello no supone un impedimento para plantearse su introducción en una eventual reforma de la Ley Concursal.

2. La cooperación entre órganos jurisdiccionales

La cooperación entre órganos jurisdiccionales ha sido abordada especialmente en el ámbito internacional³⁵⁹. Le han dedicado especial atención la CNUDMI³⁶⁰ y el

³⁵⁸ Un ejemplo de este sistema lo hallamos en la propuesta de reforma de la *InsO* alemana donde, junto a la concentración de competencias judiciales, se prevé que, en caso de que dicha concentración no pueda o no convenga, se nombre un juez coordinador (*Koordinationsgericht*, § 269d *InsO-E*), que coincide con el competente para conocer de los sucesivos procedimientos de insolvencia que puedan abrirse sobre otros miembros del grupo (i. e., el juez del grupo *ex* § 3a *InsO-E*). V., extensamente al respecto, FLORES SEGURA, M., «La propuesta de reforma de la *Insolvenzordnung* en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo», cit., pp. 441 a 458.

³⁵⁹ A nivel comunitario, en el Reglamento Europeo de Insolvencia, los deberes de cooperación se refieren exclusivamente a los administradores concursales. Ello no ha impedido, sin embargo, que parte de la doctrina se muestre a favor de ampliar estos deberes a los jueces o, al menos, de que esta colaboración fuese una posibilidad (*Möglichkeit*) si no un deber (*Pflicht*). V., por ejemplo, EHRICKE, U., «Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», cit., p. 401; EHRICKE, U., «Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenz», en Basedow; Drobni; Ellger; Hopt; Kötz; Kulms y Mestmäcker (eds.): *Aufbruch nach Europa*, Tubinga [Mohr Siebeck], 2001, pp. 347 y 348; STAAK, K. S., «Mögliche Probleme im Rahmen der Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)», *NZI*, núm. 12 (2004), p. 482; VALLENDER, H., «Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO – eine neue Herausforderung für Insolvenzgerichte-», cit., pp. 63 y ss.

La propuesta de reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia de 12 de diciembre de 2012 (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation N.º 1346/2000 on insolvency proceedings) incorpora un nuevo capítulo IVa (que versa sobre «Insolvency of members of a group of companies»), cuyo artículo 42b, bajo la rúbrica «Communication and cooperation between courts», establece lo siguiente: «1. Where insolvency proceedings relate to two or more members of a group of companies, a court before which a request to open proceedings concerning a member of the group is pending or which has opened such proceedings shall cooperate with any other court before which a request to open proceedings concerning another member of the same group is pending or which has opened such proceedings to the extent such cooperation is appropriate to facilitate the effective administration of the proceedings and is not incompatible with the rules applicable to them. For this purpose, the courts may, where appropriate, appoint a person or body acting on its instructions. 2. The courts referred to in paragraph 1 may communicate directly with each other, or to request information or assistance directly from each other. 3. Cooperation shall take place by any appropriate means, including (a) communication of information by any means considered appropriate by the court provided that such communication shall be free of charge and respect the procedural rights of the parties to the proceedings

*International Insolvency Institute*³⁶¹, así como el *American Law Institute*, aunque en este último caso solo en relación a deudores aislados³⁶². Otra referencia es la propuesta de anteproyecto de reforma de la *InsO* (§ 269b *InsO-E*, bajo la rúbrica *Zusammenarbeit der Gerichte*)³⁶³.

El aspecto central de la colaboración debe ser el intercambio de información. El objetivo es permitir a los jueces estimar los efectos de una determinada decisión sobre todas las partes implicadas en los procedimientos, especialmente en lo que se refiere a la elección de una estrategia global (reorganización o liquidación). En concreto, los órganos jurisdiccionales deben poder comunicarse entre sí de forma directa en lugar de emplear los métodos tradicionales, caracterizados por su lentitud y rigidez (por ejemplo, los exhortos). Esto es esencial cuando la coordinación se refiere a cuestiones urgentes, esto es, cuando se requiera una respuesta rápida y armonizada de los jueces para evitar un conflicto o para preservar el valor de las masas activas de los deudores implicados. Existen determinados ámbitos en los que el intercambio de información resulta especialmente importante. Así, deberá fluir con mayor intensidad la información relativa a la imposición de medidas cautelares, a la apertura de los procedimientos, al nombramiento de la administración concursal, a decisiones esenciales relativas al desarrollo de los procedimientos, al volumen de las respectivas masas concursales, a las eventuales propuestas de convenio y a las medidas referentes a la conclusión de los procedimientos.

Teóricamente, la cooperación entre jueces puede articularse como una mera facultad o como un deber. Aunque pueda parecer más rígido y restar margen de discrecionalidad al juez, conviene más el segundo sistema, porque garantiza en cierta medida la coordinación (es la opción por la que se ha decantado el legislador alemán). Ahora bien, el deber de colaborar no es ilimitado: cada órgano jurisdiccional no está en modo alguno obligado a

and the confidentiality of information; (b) coordination of the administration and supervision of the assets and affairs of the members of the group; (c) coordination of the conduct of hearings; (d) coordination in the approval of protocols».

³⁶⁰ *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. III, pars. 15 a 40 y recomendaciones 240 a 245.

³⁶¹ INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Guidelines for coordination of multinational enterprise groups insolvencies*, París [International Insolvency Institute], 2012, Guideline n.º 5: «To the extent permitted by local law, the Court-to-Court Communications Guidelines should be employed to enable courts that have jurisdiction over affiliates in corporate groups that are in insolvency proceedings to communicate with one another».

³⁶² ALI (*American Law Institute*), *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, Filadelfia, [ALI], 2012. En este documento se expone que el ALI descarta abordar el supuesto de los grupos pero que comparte la aproximación al problema que realiza la CNUDMI.

³⁶³ Con anterioridad, la doctrina alemana se había mostrado entusiasta con este tipo de coordinación, suponemos que ante la falta de previsiones expresas que permitan la misma. V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 361 y, del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., pp. 485 y 486. Habla de «Zusammenfassung auf informelle Art und Weise (Konsultations- und Koordinationspflichten)». También GRAEBER, T., «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 268.

realizar cualesquiera actos que atenten contra los fines del procedimiento a su cargo. Por ejemplo, no debe divulgarse una información susceptible de perjudicar a los acreedores del mismo. De igual forma, el cumplimiento de este deber nunca puede contravenir la necesaria independencia e imparcialidad de cada órgano jurisdiccional a la hora de desarrollar sus labores. Otra opción, importada del ámbito internacional, consiste en establecer reglas o procedimientos para las comunicaciones entre jueces (en concreto, guías de comportamiento: *Court-to-Court Guidelines*)³⁶⁴.

Aunque la Ley Concursal no dice nada al respecto, sí que podría llegar a inferirse tal deber de cooperación para los jueces encargados de tramitar concursos conexos, en la medida en que dicha cooperación sirva a la mejor consecución de la finalidad esencial del concurso. Téngase en cuenta que, en última instancia, este deber se funda en la obligación, que atañe a los órganos jurisdiccionales, de velar por los intereses de los acreedores de los procedimientos de insolvencia a su cargo. Parece, pues, que podría incluso colegirse de la normativa en vigor el deber de cooperación. Sin embargo, aunque sea genéricamente defendible la existencia de tal deber, existen cuestiones concretas, aparentemente accesorias, cuya resolución se revela como imprescindible para que la cooperación entre órganos jurisdiccionales sea efectiva. Por ejemplo, los medios que deben emplearse para asegurar que las comunicaciones sean transparentes, efectivas y fidedignas (lo cual dependerá en buena medida de las formas en que se produzca el intercambio de información)³⁶⁵, los mecanismos para resolver el problema de las comunicaciones inapropiadas o improcedentes (por ejemplo, cuando un órgano jurisdiccional divulga entre los demás una información susceptible de ser empleada en contra de los intereses del concurso que tramita), si la comunicación puede referirse solo

³⁶⁴ *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. III, § 21 y 22.

³⁶⁵ V. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. III, § 20: «La información puede comunicarse de distintas maneras, como intercambiando documentos (por ejemplo, copias de órdenes oficiales, sentencias, opiniones, motivos de justificación de decisiones, transcripciones de actuaciones, declaraciones juradas por escrito y otras pruebas) o verbalmente. Los medios de comunicación pueden ser el correo postal, el fax o el correo electrónico, o las llamadas telefónicas simples o por videoconferencia, según los medios de que se disponga y que sean asequibles en los Estados que participen en la comunicación y según lo que sea apropiado o necesario en cada caso. También pueden facilitarse a las partes copias de comunicaciones escritas de acuerdo con las disposiciones aplicables sobre notificaciones. La comunicación puede efectuarse directamente entre jueces o entre funcionarios judiciales o a través de ellos (o a través de un intermediario nombrado por el tribunal [...]) o entre representantes de la insolvencia, según lo que dispongan las reglas del país. El desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación fomenta diversos aspectos de la cooperación y coordinación, con la posibilidad de reducir las demoras y, en su caso, de facilitar el contacto personal cara a cara. Estos métodos de comunicación directa se utilizan cada vez más, a medida que se multiplican los litigios a nivel mundial. Por ejemplo, en varios casos se han preferido las videoconferencias, más que las llamadas telefónicas, pues permiten controlar bien el proceso y facilitan una organización disciplinada de la comunicación gracias a que los participantes pueden verse y oírse, lo cual es un aspecto fundamental para los procedimientos judiciales en general. Sin embargo, como estas tecnologías no están disponibles en todos los tribunales, es conveniente centrarse en la forma de facilitar la comunicación adaptándose a las necesidades de cada caso concreto, y no en la utilización de una determinada tecnología».

a cuestiones procesales o también a cuestiones de orden sustantivo y si debe ser algo constante (una rutina) o solo puntual (o un último recurso), entre otras cuestiones³⁶⁶.

³⁶⁶ *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*. parte III, cap. III, § 19.

CAPÍTULO VI. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS CONCURSOS CONEXOS

Cuando se declaran los concursos de varios deudores vinculados entre sí, el éxito de los procedimientos depende en buena medida de la actividad de la administración concursal. Esta actividad es también esencial en los concursos aislados. En efecto, la insolvencia de una persona que actúa en el tráfico jurídico privado conlleva la necesidad de administrar o de supervisar la administración de un patrimonio; tareas estas para las cuales el órgano jurisdiccional no está técnicamente preparado. Por ello, junto al órgano judicial se crea un órgano de administración del concurso que recibe el grueso de las competencias de naturaleza patrimonial. Su importancia de cara al éxito del procedimiento es tal que un modelo mal diseñado puede acarrear la ineficiencia de todo el sistema³⁶⁷. El activo rol que juega la administración concursal, que en buena medida reduce la actividad del juez a una mera función supervisora, determina que el destino del concurso, en particular la administración y el aprovechamiento de la masa concursal, recaiga íntegramente en las manos de aquella.

Si lo anterior es cierto para los concursos aislados, lo es más aún para los concursos conexos, dada la vinculación existente entre los patrimonios de los diversos deudores. Esta vinculación patrimonial deberá tenerse en cuenta a la hora de administrar cada masa y de cara a lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores de cada concurso.

I. Modalidades de configuración de la administración concursal en los concursos conexos

En términos generales, y en aras de una mayor claridad expositiva, pueden distinguirse tres grandes paradigmas en el diseño de la administración concursal en los concursos conexos. Conforme al primer modelo, que podría denominarse *modelo múltiple* o *modelo tradicional*, la configuración de la administración concursal no se altera por la vinculación que pueda existir entre dos concursos distintos. Así, en cada concurso se nombrará una administración concursal diferente, de forma que todas ellas actúen de manera independiente y autónoma. El segundo modelo, al cual nos referiremos como *modelo unitario*, plantea el nombramiento de una única administración concursal común a todos los procedimientos. Por último, existiría una tercera categoría, de carácter abierto, en la

³⁶⁷ En Alemania se ha dicho que la pregunta sobre la elección del órgano adecuado es la pregunta sobre la fortuna del procedimiento de insolvencia: «Der Auswahl des richtigen Insolvenzverwalters wird gemeinhin als die Schicksalsfrage des Insolvenzverfahrens verstanden». V. JAEGER, E., *Konkursordnung Großkommentar*, 6.ª ed., Berlín [Walter de Gruyter], 1936, § 78 Anm. 7; KUHN, G., y UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung*, 10.ª ed., Múnich [Franz Vahlen], 1986, § 78 Rn. 2; GRAEBER, T., «Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsfeld zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit», *NZI*, núm. 6 (2003), p. 569; BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, cit., p. 126. En España, v. TIRADO, I., «Art. 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 573.

cual tendrían cabida los *modelos de tipo mixto*. En efecto, la configuración de la administración concursal en los concursos conexos no se agota en los dos modelos anteriores, sino que caben diversas combinaciones intermedias que, sin llegar a decantarse por un órgano común, establecen vías para coordinar la gestión de los procedimientos.

1. El modelo tradicional o modelo múltiple

El primer modelo es una emanación del principio de separación entre concursos conexos. Para cada deudor se abre un procedimiento y en cada procedimiento se nombra, conforme a las reglas generales, un órgano gestor de la masa del concurso. Esta máxima no se altera por la vinculación que pueda mediar entre los diversos deudores, con independencia del grado de la misma.

Las ventajas de este modelo son, en principio, la cercanía entre el órgano y el patrimonio a administrar y la dedicación exclusiva que aquel está en condiciones de proporcionar. Ambas están, sin embargo, sujetas a matización. En efecto, dependiendo de la configuración legal del órgano, puede o no requerirse proximidad física entre la residencia de los miembros del órgano y el foro donde se tramita el concurso³⁶⁸. Asimismo, por lo que respecta a la dedicación, la actividad de los miembros del órgano gestor rara vez consistirá exclusivamente en las tareas inherentes al cargo: lo lógico y habitual será que los miembros del órgano compaginen su labor como administradores concursales con su actividad profesional ordinaria (la abogacía o la auditoría, por ejemplo), de forma que la primera no sea más que una parte, más o menos significativa, de la segunda. Otra gran ventaja es, sin duda, que el nombramiento de una administración concursal distinta para cada miembro del grupo asegura la imparcialidad e independencia de cada una en el desempeño de sus respectivas tareas.

El principal inconveniente de nombrar varias administraciones concursales es que la diversidad de órganos puede conducir a la descoordinación entre procedimientos, fundamentalmente en casos de continuación de las respectivas actividades de los deudores. Por eso, resulta una medida especialmente desaconsejable cuando se planea alcanzar un convenio como solución de la crisis³⁶⁹. Además, los vínculos existentes entre los diversos deudores y la estructura interna del grupo hacen que el nombramiento de varias administraciones sea una medida ineficiente, pues propicia la duplicación de tareas y la falta de aprovechamiento de los conocimientos adquiridos en cada concurso. En última instancia, ello incide en unos costes de tiempo y de dinero previsiblemente mayores³⁷⁰. El modelo múltiple es el régimen que contempla por defecto la Ley

³⁶⁸ En España se exige figurar en las listas elaboradas por los colegios profesionales y señalar un despacho u oficina en el ámbito de competencia territorial del juzgado (art. 31 LC).

³⁶⁹ V., *infra*, capítulo VIII.

³⁷⁰ En palabras de PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., pp. 458 y 459: «Si partimos de la declaración de procedimientos de concurso autónomos e independientes respecto de cada una de las sociedades en principio habría tantas administraciones concursales como concursos declarados, lo que podría encarecer los costes de los concursos y dificultar la coordinación entre ellos, y sobre todo la determinación de las diferentes masas activas y pasivas bajo unos mismos principios».

Concursal. Así, aunque, como se detallará más adelante, es posible nombrar una administración concursal común (art. 27.5 LC en la redacción dada por la Ley 38/2011), tal nombramiento no pasa de ser una posibilidad, ya que en modo alguno viene impuesto por la norma.

2. El modelo unitario

2.1. Concepto y características

La posibilidad de nombrar una administración concursal común para los diversos concursos vinculados se prevé expresamente en Estados Unidos³⁷¹, Argentina³⁷², Italia³⁷³ y, recientemente, España³⁷⁴. En otros países, como Reino Unido y Alemania, no existe previsión legal expresa que lo autorice pero cuenta con el apoyo de la doctrina³⁷⁵. En Alemania, además, está prevista la modificación de la *InsO* en este sentido³⁷⁶.

Dependiendo del diseño del órgano en cada Ordenamiento, se hablará de nombrar *un* órgano o de nombrar *al mismo* órgano en cada procedimiento (*rectius*, de nombrar un órgano integrado por las mismas personas). En todo caso, hablaremos de un órgano común siempre que se dé el requisito de identidad entre las personas que ejecutan las competencias del órgano.

³⁷¹ Rule 2009 (a) Federal Rules of Bankruptcy Procedure.

³⁷² Se prevé que los miembros de un grupo soliciten conjuntamente el concurso preventivo (art. 65 LCQ). En estos casos, se establece que la sindicatura será única, sin perjuicio de que el juez pueda designar una sindicatura plural (art. 67.2.º) en atención al volumen y complejidad del caso concreto. V. BARBIERI, P. C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522 comentada y concordada*, cit., p. 184.

³⁷³ Respecto a grupos de sociedades, el Decreto Legislativo 270 de 8 de julio de 1999, que regula el procedimiento de administración extraordinaria de grandes empresas en crisis, establece que a todos los procedimientos de *amministrazione straordinaria* de empresas pertenecientes al mismo grupo les corresponden los mismos órganos nombrados para el primer procedimiento abierto (art. 85 DL 270 de 8 de julio de 1999). También se regula la medida en otro supuesto de vinculación entre concursos. Así, la *legge fallimentare*, cuando establece la extensión del concurso de la sociedad a los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales (art. 147), prevé que «el tribunale nomina, sia per il fallimento della società, sia per quello dei soci, un solo giudice delegato e un solo curatore, ma può nominare più comitati dei creditori (*rectius*: il giudice delegato può nominare più comitati dei creditori)» (art. 148).

³⁷⁴ V., art. 27.5 LC tras la reforma de la Ley 38/2011.

³⁷⁵ En Alemania, los autores que más han insistido en la conveniencia de nombrar una única administración concursal son HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 446; EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 469 y UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 43. En cuanto al Reino Unido, v. MOSS, G; FLETCHER, I., e ISAACS, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, cit., p. 173, nota 71.

³⁷⁶ La posibilidad de nombrar una administración concursal común se prevé en la propuesta de Anteproyecto de reforma de la *InsO* de forma expresa (nuevo § 56b *InsO-E*, que lleva la rúbrica *Verwalterbestellung bei Schuldern derselben Unternehmensgruppe*). La existencia de un único órgano solo procede en aquellos casos en los que la medida contribuya a la consecución de los fines del concurso, concretamente mediante la minimización de las pérdidas ocasionadas a los acreedores por la insolvencia del deudor.

Las ventajas de este modelo son esencialmente idénticas a las que se obtienen con la concentración de competencias judiciales³⁷⁷, aunque, habida cuenta del papel central de la administración concursal en el procedimiento, el impacto en el desarrollo de los diversos procedimientos será previsiblemente mayor³⁷⁸. En primer lugar, este modelo conlleva importantes ventajas de eficiencia en el desempeño de las tareas del órgano gestor³⁷⁹. La administración es más sencilla y efectiva, dado que la administración concursal conoce las relaciones entre los deudores conexos. Por ejemplo, una administración concursal que conozca el entramado de relaciones y las transacciones intragrupo es más adecuada para administrar otra sociedad del mismo grupo, en lugar de una nueva administración concursal que tenga que ponerse al corriente *ex novo*³⁸⁰. Esto es cierto tanto si el nombramiento de un órgano común se produce al inicio de los diversos procedimientos, como si se produce durante la tramitación de los mismos. Se producen así importantes economías de escala, temporales y económicas, en el desarrollo de las tareas de la administración concursal. No solo se producirán sinergias positivas en cuanto al tiempo requerido por cada tarea, sino que también se aprovecharán mejor ciertos gastos comunes (por ejemplo, informes periciales que puedan afectar a varios deudores, determinados gastos logísticos, gastos de desplazamiento de la administración concursal, gastos de recopilación y elaboración de información, etc.). También se evitan las fricciones entre administraciones concursales que pueden surgir de la cooperación entre varios órganos³⁸¹.

Merecen una mención especial, por su relevancia en el procedimiento, los efectos de la medida sobre el importe de los honorarios de la administración concursal. Algunos autores han señalado que el nombramiento de una administración concursal común es deseable en términos de costes en cuanto que implica un ahorro a nivel de la retribución

³⁷⁷ V., *supra*, capítulo V.

³⁷⁸ V. EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», cit., p. 542. También PAULUS, quien juzga que, dentro de lo que él llama unión formal (*Formelle Zusammenfassung*), lo prioritario ha de ser el nombramiento de una única administración concursal. V. PAULUS, C., «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 1948. En idéntico sentido se pronuncia EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 469.

³⁷⁹ En Estados Unidos, el Comité Consultivo (*Advisory Committee*) de 1983 enfatizó que el nombramiento de una única administración concursal en los concursos conexos tiene como objetivos la reducción de costes y la promoción de una gestión eficiente y expeditiva. V. RESNICK, A., y SOMMER, H. (eds.): *Collier on Bankruptcy*, cit., vol. IX, ¶ 2009.01. Por su parte, la CNUDMI ha afirmado que «la designación de un único representante facilitaría la coordinación de la administración de las diversas masas de la insolvencia, reduciendo los gastos y las demoras y facilitando la obtención de información acerca del grupo en su conjunto». V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 142.

³⁸⁰ V. BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, cit., p. 129 y EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 356. Del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 457.

³⁸¹ Así, PAULUS, C., «Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 827, dice que la ventaja principal de una administración común es que se evitan las pérdidas por «fricciones» entre varias administraciones concursales.

del órgano³⁸². Esta afirmación será verdadera cuando la retribución se fije conforme a un baremo temporal, esto es, en función del tiempo invertido. Sin embargo, cuando el sistema de retribución dependa exclusivamente de la cuantía de las masas activa y pasiva de cada concurso, esta ventaja no se dará en absoluto. En la redacción originaria de la Ley Concursal, se establecía que la retribución de la administración concursal se fijaría atendiendo «a la cuantía del activo y del pasivo y a la previsible complejidad del concurso» (antiguo art. 34.2 LC), esto es, separada e independientemente para cada procedimiento. Ciertamente, puesto que el nombramiento de una administración concursal unitaria no implica que el procedimiento sea único para todos los deudores, habrá tantos informes, tantos convenios, tantos incidentes y tantas secciones como concursos se hayan acumulado. Si la labor de la administración concursal no se reduce, podría argumentarse que no procede la moderación de sus honorarios³⁸³. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, modificó el sistema de fijación de la retribución de la administración concursal, y estableció que la misma se determinaría conforme a «la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso» (art. 34.2 LC en la redacción dada por el RD-ley 3/2009 y mantenida por la Ley 38/2011). Así, la acumulación de concursos se introduce como factor que puede modular la retribución de la administración concursal.

En segundo lugar, el nombramiento de una administración concursal común contribuye a armonizar y coordinar el desarrollo de los diversos procedimientos³⁸⁴. En efecto, de nombrarse múltiples administraciones concursales, estas tenderán a desarrollar su actividad de forma aislada respecto de los demás deudores, descuidando e incluso ignorando las relaciones entre estos. El nombramiento de una única administración concursal también previene la concurrencia de varias administraciones concursales en aquellos casos en los que su actividad deba desarrollarse en un entorno económico y organizativo complejo. Asimismo, se evitan los conflictos y rivalidades entre las administraciones concursales de cada deudor³⁸⁵, susceptibles de ocurrir en la medida en que a menudo la maximización de la masa concursal de un deudor pasará por una disminución equivalente de la masa de

³⁸² V. EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», cit., p. 542 y BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischen Insolvenzrecht*, cit., p. 130.

³⁸³ V. AAP Valencia 21.12.2005 y AJM 1 Palma de Mallorca 23.9.2008, y AJM 1 Cádiz 26.7.2011. También v. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Pamplona [Civitas], 2005, p. 520.

³⁸⁴ Lo recuerda en los siguientes términos GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., 2010, p. 179: «La unidad del órgano de administración presentaría considerables ventajas. Desde luego, desde la óptica del ahorro económico. Pero también es aconsejable la unificación de la administración desde la perspectiva de evitar descoordinaciones y duplicidad de actuaciones».

³⁸⁵ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 356. También, del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 457.

otro deudor, con los consiguientes efectos sobre el nivel de satisfacción de los respectivos grupos de acreedores.

En tercer lugar, y en estrecha relación con lo anterior, el nombramiento de una administración concursal común permite, en el caso de los grupos, alcanzar una mayor comprensión de las causas del fracaso empresarial y facilita el hallazgo de una solución viable que tenga en cuenta el concepto económico de empresa³⁸⁶. Asimismo, el nombramiento de una administración concursal común es especialmente aconsejable (y sus efectos más visibles) en los supuestos de reorganización empresarial (i. e., cuando el procedimiento termine por convenio y no por liquidación)³⁸⁷. Por un lado, el funcionamiento unitario no se romperá para dar lugar a varias entidades con funcionamiento autónomo y aislado. Por otro, las actividades de cada miembro del grupo no interferirán ni se molestarán las unas a las otras (en el plano estrictamente empresarial)³⁸⁸.

Finalmente, en aquellos casos en los que, además de nombrarse una única administración concursal, se hayan concentrado las competencias judiciales en las manos de un único juez, las relaciones entre ambos se verán favorecidas. Piénsese que entonces para el juez solo existirá un interlocutor³⁸⁹, y podrá esperarse una cooperación más intensa y duradera que en los casos en los que los interlocutores sean varios. Se facilita así la relación entre el juez y la administración concursal, elemento esencial y clave del proceso³⁹⁰.

2.2. Las desventajas del modelo unitario

En términos generales, pueden señalarse tres grandes inconvenientes al nombramiento de una administración concursal común: la excesiva carga de trabajo que implica, la distancia espacial que previsiblemente existirá entre el órgano y los patrimonios de los diversos deudores y el riesgo de conflictos de intereses en el seno del órgano. Mientras que los dos

³⁸⁶ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 414.

³⁸⁷ V. GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», en *Münchener Kommentar-Insolvenzordnung*, 2.ª ed., Múnich [C. H. Beck], 2007, p. 1652. También, del mismo autor, «Der Konzerninsolvenzverwalter – Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 265. Llega a decir incluso que la imposibilidad de nombrar una administración concursal unitaria puede llevar a los asesores legales del grupo a aconsejar la solicitud de concurso en el extranjero si realmente se pretende reorganizar el grupo. V., también, GRAU, C., en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe*, cit., p. 102, quien insiste en que el hecho de que el conjunto de miembros del grupo descansa en manos de una única administración concursal elimina, o al menos reduce, la posibilidad de que una entidad aislada se aparte del plan conjunto (sea este el convenio o la liquidación).

³⁸⁸ V. BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, cit., p. 131, que habla de minimizar los problemas de armonización (*Abstimmungsprobleme*) y el potencial de molestarte mutuamente (*Störpotentiale*).

³⁸⁹ En este sentido, v. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 356. También, del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 465 y BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, cit., p. 130.

³⁹⁰ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 157.

primeros son fácilmente solventables, el tercero puede suponer un serio obstáculo al nombramiento de una única administración concursal. En cualquier caso, las consideraciones que a continuación se exponen justifican que sea recomendable permanecer a la retaguardia de propuestas más radicales, que abogan por que el nombramiento de una administración concursal común no sea una posibilidad, sino un deber para el juez³⁹¹.

2.2.1. La carga de trabajo

Puede ocurrir que todos los deudores conexos sean declarados en concurso o que la insolvencia afecte solo a algunos de ellos (por ejemplo, en el caso de un grupo, puede ocurrir que sean declaradas en concurso todas o solo algunas de las sociedades que lo integran). A su vez —a excepción del caso de los cónyuges y de la pareja de hecho, en cuyos casos siempre son dos—, los deudores conexos pueden ser muchos o pocos (por ejemplo, un grupo puede estar formado por un elevado número de sociedades o por pocas de ellas, de idéntico o variopinto tamaño). Por consiguiente, el número de concursos concentrados simultáneamente en manos de una única administración concursal puede ser tanto de dos como de treinta³⁹². Si el número de deudores en concurso (y por ende, de procedimientos) es muy elevado, la carga de trabajo puede ser intolerable para un único órgano³⁹³. En estrecha relación con lo anterior, puede también ser difícil o incluso imposible hallar una persona que reúna todos los conocimientos profesionales necesarios para lidiar con los diversos deudores si cada uno pertenece a un sector de actividad completamente diferente³⁹⁴. Ello no implica, sin embargo, que deba

³⁹¹ V. HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., pp. 444 a 446. La propuesta de anteproyecto de reforma de la *InsO* también sigue la tendencia marcada por la Ley Concursal en cuanto a la no obligatoriedad de nombrar un órgano común (nuevo § 56b *InsO-E*).

³⁹² Recuérdese la excepción a la prohibición de que un mismo técnico sea nombrado por el mismo juzgado en más de tres concursos en un lapso de dos años, cuando los nombramientos se produzcan en sociedades del mismo grupo (art. 28.2 LC).

³⁹³ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 437.

³⁹⁴ En el ámbito internacional existen dificultades añadidas, referidas esencialmente al hecho de que el administrador concursal común deberá cumplir todas las condiciones o requisitos para el nombramiento que exijan los Ordenamientos de los Estados Miembro de que se trate (por ejemplo, licencias, cualificación, etc.), así como tener conocimientos básicos de los correspondientes idiomas. Aunque reunir todas estas características puede ser difícilmente imaginable para una persona física, será más sencillo para una persona jurídica (rectius, para los profesionales que estén a su cargo o que la integren). De nuevo, esto puede plantear problemas, dado que no en todos los Estados Miembro se admite que la administración concursal recaiga sobre personas jurídicas. V. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 43 y ss. Concretamente, el § 45 afirma que los administradores concursales «deberían estar sujetas a la ley aplicable en el Estado en que hayan sido designadas, en particular en lo que se refiere a calificaciones, licencias (si procede), facultades y deberes, y a la supervisión del tribunal. En consecuencia, el representante de la insolvencia estaría sujeto a las mismas condiciones que un representante de la insolvencia local nombrado en uno de esos Estados». Y el § 46 continúa diciendo que «[c]abría designar a una persona física que estuviera facultada para actuar en distintos Estados o a una persona jurídica que empleara o que tuviera entre su personal a personas cualificadas para actuar como representantes de la insolvencia en varios Estados. Si bien en general puede resultar difícil encontrar a personas debidamente cualificadas, es posible que haya regiones en que ese tipo de nombramiento sea más común o que la globalización del comercio y de los servicios vaya abriendo paso a esa posibilidad». La recomendación n.º 251 afirma, en efecto, lo

recurrirse sin más al modelo tradicional (nombrar una administración distinta en cada procedimiento), porque se perderían las ventajas que conlleva el modelo unitario.

Ciertamente, existen mecanismos, diseñados para paliar la complejidad del ámbito competencial del órgano, que permiten obviar esta dificultad. Por un lado, puede recurrirse al nombramiento de *auxiliares delegados* (art. 32 LC)³⁹⁵ o a la intervención de *auxiliares simples* o *auxiliares colaboradores* (art. 32.4 LC)³⁹⁶.

2.2.2. La distancia espacial

El segundo inconveniente que plantea este modelo es la eventual distancia espacial que puede mediar entre la residencia de la administración concursal y los patrimonios de los deudores³⁹⁷. Dependiendo del supuesto de conexión entre concursos del que se trate, puede suceder que los centros de intereses principales de los diversos deudores estén geográficamente dispersos. Mientras que esta dispersión no se dará en los casos de concursos de cónyuges o de miembros de una pareja de hecho, puede ser habitual en los grupos de sociedades. En efecto, la proximidad local no encaja con los fenómenos de diversificación y externalización que actualmente se producen en el seno de los grupos, cuyos miembros raramente estarán concentrados en la misma localidad. Al igual que ocurre con la concentración de competencias judiciales³⁹⁸, es posible que esta circunstancia reste efectividad a la administración concursal común, que tendrá su sede cerca de algunos deudores pero lejos de otros.

siguiente: «El régimen de la insolvencia debería permitir que el tribunal, en casos apropiados, coordine con tribunales extranjeros el nombramiento de un mismo o único representante de la insolvencia para encomendarle la administración de los procedimientos de insolvencia que afecten, en distintos Estados, a empresas de un mismo grupo, *siempre y cuando ese representante de la insolvencia tenga las competencias requeridas en cada uno de los Estados pertinentes para ejercer ese cargo*» (la cursiva es nuestra).

³⁹⁵ Antes de que la reforma de la Ley 38/2011 obligase a ello, esta posibilidad ya la había apuntado GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., 2010, p. 179: «El excesivo volumen de trabajo que en ciertos casos puede conllevar la asignación de las labores de administración de varios concursos a un único órgano de administración, v. gr., en casos de grupos de empresas, se puede solventar con el nombramiento de algún o algunos auxiliares delegados, cuya retribución será menor que la de un administrador (art. 32)».

³⁹⁶ La diferencia entre ambas categorías radica en que, mientras que los auxiliares delegados ejercitan directamente competencias de los administradores del concurso, los colaboradores internos son sujetos que, de una u otra manera, colaboran con cada administrador concursal en la realización de las competencias de esta (personal de la persona jurídica administradora, consultores a los que solicitan consejo, etc.) pero que no ejercen propiamente funciones orgánicas concursales. Por ello, en contra de lo que sucede con los auxiliares delegados, su régimen jurídico es esencialmente ajeno al concurso. En cambio, los auxiliares delegados, dado que realizan tareas orgánicas, deben cumplir todos los requisitos específicos previstos, y se les aplica tanto el régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones (art. 28 LC) como el régimen de recusación (art. 33 LC) y el de separación (art. 37 LC). V., al respecto, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 163.

³⁹⁷ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 356 y, del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 466.

³⁹⁸ V., supra, capítulo V.

La distancia entre administrador y objeto administrado, que depende de muchas circunstancias (no solo de la distancia física, sino también de los medios telemáticos disponibles), es susceptible de afectar seriamente a la actividad de administrar. Una distancia excesiva puede implicar una menor agilidad en la gestión, una mayor desinformación del administrador concursal y mayores costes en general. Ciertamente, si los patrimonios están muy dispersos será difícil que la administración concursal única conozca bien las particularidades e individualidades de todas las localidades. Es también de prever que la información tarde tiempo en llegar a sus manos, porque previsiblemente estará establecida de manera permanente en un lugar determinado, sin perjuicio de la posibilidad de desplazarse ocasionalmente para tratar asuntos concretos. Ahora bien, no debe descuidarse el gasto adicional que tales desplazamientos pueden llegar a suponer, que además deberán sufragarse con cargo a la masa (art. 84.2-3.º LC).

Sin negar la relevancia de este inconveniente, debe reconocerse que los obstáculos que plantea son franqueables. Por un lado, la administración concursal debe poder trabajar con medios telemáticos de última generación que permitan flujos de comunicación en tiempo real. Por otro lado, la administración concursal puede contar con auxiliares delegados³⁹⁹ o colaboradores internos en cada concurso para agilizar la administración y ejercer una supervisión más directa (art. 32 LC), y será de aplicación lo señalado en el epígrafe anterior.

2.2.3. Los conflictos de intereses (remisión)

El tercer inconveniente, y sin duda el de mayor relevancia, es la posibilidad de que surjan en el seno de la administración concursal unitaria *conflictos de intereses* o, más concretamente, conflictos de competencias o de deberes (*conflicting duties*, *Pflichtenkollision*). Se trata de un problema complejo al cual conviene dedicar una sección propia, a la cual nos remitimos (v., infra, apartado III).

3. Los modelos mixtos

Existen varios modelos intermedios que, sin llegar al punto de designar una administración concursal única (téngase en cuenta que no siempre será aconsejable nombrar una administración concursal común)⁴⁰⁰, abogan por coordinar en diversa medida la actuación de las administraciones concursales.

³⁹⁹ El nombramiento de auxiliares delegados en los concursos conexos no solo es una posibilidad, sino que también es, hasta cierto punto, un deber. En efecto, el artículo 27.5 de la Ley Concursal, en su redacción vigente, establece que el juez puede nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única *designando auxiliares delegados*. Asimismo, el artículo 32.1, en su apartado 4.º, exige el nombramiento de *al menos un auxiliar delegado* en los concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.

⁴⁰⁰ Solo debería nombrarse un órgano común cuando ello redunde en el interés de los concursos. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 143.

El paradigma más habitual consiste en instaurar deberes de información y cooperación entre administraciones concursales⁴⁰¹, con el fin último de maximizar el grado de

⁴⁰¹ El intercambio de información y cooperación entre órganos es esencial para asegurar que los distintos procedimientos se conducen de forma eficiente. En concreto, la información es un requisito indispensable para cualquier tipo de coordinación ulterior que se desee implantar entre los diversos procedimientos. Es el modelo por el cual se ha optado a nivel comunitario en el caso de los procedimientos de insolvencia conexos con elementos de internacionalidad. Por ejemplo, el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia que, pese a no contener normas relativas al concurso de grupos multinacionales, regula la coordinación entre los diversos procedimientos que pueden abrirse sobre el patrimonio de un deudor. Ciertamente, el supuesto no es el mismo (porque, en puridad, la apertura de un procedimiento principal y uno o varios procedimientos secundarios se refiere al patrimonio de un único deudor, y no al caso de deudores conexos). Pero se da la coincidencia de que coexisten varios órganos gestores. V. VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, La Haya [Kluwer Law], 2004, pp. 232 a 235; MOSS, G; FLETCHER, I., e ISAACS, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A commentary and annotated Guide*, cit., p. 217 a 219.

La propuesta de reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia de 12 de diciembre de 2012 (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation N° 1346/2000 on insolvency proceedings*) también apuesta por este modelo en el caso de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo multinacional. En efecto, el nuevo artículo 42a, bajo la rúbrica «Duty to cooperate and communicate information between liquidators» del nuevo capítulo IVa (que versa sobre «Insolvency of members of a group of companies») establece lo siguiente: «1. Where insolvency proceedings relate to two or more members of a group of companies, a liquidator appointed in proceedings concerning a member of the group shall cooperate with any liquidator appointed in proceedings concerning another member of the same group to the extent such cooperation is appropriate to facilitate the effective administration of the proceedings, is not incompatible with the rules applicable to such proceedings and does not entail any conflict of interests. That cooperation may take the form of agreements or protocols. 2. In the exercise of the cooperation referred to in paragraph 1, the liquidators shall (a) immediately communicate to each other any information which may be relevant to the other proceedings, provided appropriate arrangements are made to protect confidential information; (b) explore the possibilities for restructuring the group and, where such possibilities exist, coordinate with respect to the proposal and negotiation of a coordinated restructuring plan; (c) coordinate the administration and supervision of the affairs of the group members subject to insolvency proceedings; The liquidators may agree to grant additional powers to the liquidator appointed in one of the proceedings where such an agreement is permitted by the rules applicable to each of the proceedings».

En el ámbito nacional, la CNUDMI, en su *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, aconseja la inclusión de este deber de cooperación tanto si los procedimientos están acumulados como si no lo están. Así, la recomendación n.º 234 establece que «[e]l régimen de la insolvencia podrá disponer que en el supuesto de que se nombren distintos representantes de la insolvencia para administrar procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un grupo, dichos representantes deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible». La n.º 235 afirma que «[e]l régimen de la insolvencia debería disponer que, siempre que se nombre más de un representante de la insolvencia para sustanciar procedimientos de insolvencia que estén sujetos a coordinación procesal, los representantes así nombrados deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible». La CNUDMI también insiste en la necesidad de coordinar a las administraciones concursales en el caso internacional (v., las recomendaciones n.º 246 a 250). A nivel doméstico, ha optado por ello el legislador alemán, al establecer en la propuesta de anteproyecto de reforma de la *InsO*, para aquellos casos en los que no se designe una administración concursal común, deberes de colaboración entre administraciones concursales (§ 269a *InsO-E*, bajo la rúbrica *Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter*).

El interés que ha suscitado la coordinación entre administraciones concursales en el ámbito internacional se explica por las dificultades que entraña, en tal caso, el nombramiento de una administración concursal común. En efecto, tendría que cumplir las condiciones subjetivas para el nombramiento que se exigen en cada uno de los Estados y además controlar el idioma (difícil de imaginar). V. CNUDMI, *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. III, § 43 a 47 y recomendaciones n.º 251 y 252. V., también,

satisfacción de los acreedores de cada deudor. Ahora bien, aunque sea cierto que el deber de colaborar se basa en los beneficios que la colaboración puede comportar para los acreedores de un determinado procedimiento, también puede defenderse tal deber cuando los efectos derivados de la colaboración sean solo neutrales respecto a estos (es decir, que no impliquen ventajas ni inconvenientes). Tras esta consideración subyace la idea de que una cooperación constante, especialmente referida a intercambios de información, resulta, por regla general, provechosa para el conjunto de los procedimientos de insolvencia. Por otra parte, no es imprescindible —ni tampoco imaginable— que se produzca una absoluta reciprocidad en cuanto a los beneficios derivados de la colaboración, esto es, no es necesario que todos los procedimientos se vean beneficiados proporcionalmente por la misma.

Sin embargo, el deber de colaborar tiene límites, que derivan del respeto a los principios de independencia entre los deudores y sus respectivos procedimientos de insolvencia. Así, no existe el deber de sacrificar el interés de un determinado procedimiento en beneficio de los demás deudores conexos o de los acreedores de estos. Cada administrador concursal debe velar, prioritariamente, por maximizar la masa del procedimiento a su cargo. La cooperación y los correlativos beneficios para el resto de los acreedores del grupo aparecen en un plano subordinado. Por ejemplo, un administrador concursal no está obligado a compartir con un homólogo una información que pueda servir de base para una reclamación judicial. De esta forma, aunque los administradores concursales encargados de gestionar los procedimientos de insolvencia de los miembros de un grupo deban ocupar simultáneamente dos posiciones (una en defensa de los acreedores a su cargo y otra frente al resto de administradores concursales), prima la primera frente a la segunda. Al igual que sucede con la cooperación entre órganos jurisdiccionales, es crucial el uso de medios telemáticos para ahorrar costes y asegurar la inmediatez de las comunicaciones entre administraciones concursales⁴⁰². Además del intercambio de información, se ha llegado a proponer que, cuando así proceda, las administraciones concursales actúen de forma unificada presentando un solo escrito (en cada uno de los concursos) encabezado de forma conjunta⁴⁰³.

INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Guidelines for coordination of multinational enterprise groups insolvencies*, cit., Guideline n.º 6.

⁴⁰² V. STAAK, K. S., «Mögliche Probleme im Rahmen der Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)», cit., p. 481.

⁴⁰³ V. ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 51: «Cuando se trate de diversas administraciones concursales, resultará asimismo conveniente que se produzca una ágil coordinación entre ellas, no apreciándose inconveniente conceptual que impida que, cuando pudiese resultar conveniente, actúen de forma conjunta presentando escritos únicos encabezados por las diversas administraciones concursales». En la nota 21 de esa misma página pone ejemplo «Las administraciones concursales de los concursos acumulados de los deudores Alfa, Beta y Gamma, decimos...».

También puede establecerse que una de ellas adquiera un cierto «rol de liderazgo» sobre las demás⁴⁰⁴. Naturalmente, dicho liderazgo nunca puede llegar a autorizar el dictado de órdenes que contravengan el interés del concurso que cada administración concursal esté llamada a proteger. También resulta delicada la posibilidad de que el órgano «líder» imponga unilateral y forzosamente su voluntad en los otros procedimientos, puesto que

⁴⁰⁴ Esto lo ha sugerido, por un lado, la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 140. Es importante que se respete la igualdad de todos los órganos. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que nada de esto afecta a la responsabilidad de cada órgano por sus actos y a la necesidad de que cumpla las tareas que le corresponden. Por otra parte, el paradigma instaurado por el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia, es un híbrido entre el establecimiento de deberes de cooperación e información y la dotación a uno de los órganos de una posición de liderazgo sobre las demás. En el caso de apertura de un procedimiento principal y varios secundarios, el fundamento de la coordinación (o el punto de partida) es el rol dominante del procedimiento principal (considerando 20.3: «Para asegurar el papel predominante del procedimiento principal de insolvencia»). El procedimiento secundario está sometido a las necesidades del primero (a las exigencias del primero). V. STAAK, K. S., «Mögliche Probleme im Rahmen der Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)», cit., p. 481. También BECK, S., «Verwertungsfragen im Verhältnis von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO», *NZI*, núm. 11 (2006), p. 609, insiste en que el procedimiento secundario es autónomo y autárquico, a la vez pero subordinado al principal. Es como una naturaleza dual. Implícitamente, esto significa que los secundarios tienen un rol subordinado. V., también, EHRICKE, U., «Das Verhältnis des Hauptinsolvenzverwalters zum Sekundärinsolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», *ZIP*, núm. 25-26 (2005), p. 1014; del mismo autor, «Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», cit., p. 397 y también «Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenz», cit., p. 344. Asimismo, v. VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., *The European Insolvency Regulation*, cit., pp. 232 a 235; BALZ, M., «The European Union Convention on Insolvency Proceedings», *Am. Bankr. L. J.*, núm. 70 (1996), pp. 485 a 529.

La propuesta de reforma de la *InsO* también incluye previsiones en este sentido. En efecto, junto a las disposiciones generales en materia de colaboración entre administraciones concursales y órganos jurisdiccionales, la reforma se ocupa de regular un nuevo procedimiento de coordinación (*Koordinationsverfahren*), creado ad hoc para para posibilitar una estrecha coordinación de los procedimientos conexos, aunque sin que se ponga en duda la independencia de los mismos. El elemento esencial del procedimiento de coordinación es el nombramiento de un administrador concursal coordinador (*Koordinationsverwalter*, § 269e *InsO-E*). La principal función del administrador concursal coordinador consiste en cuidar de que los diversos procedimientos se desarrollen de forma sintonizada y sin ineficiencias (§ 269f *InsO-E*). La tarea más importante que puede desempeñar el administrador concursal coordinador consiste en confeccionar un plan de coordinación (269f (1) *InsO-E*). Este plan servirá de referencia para el establecimiento coordinado de las medidas de reestructuración y reorganización que deban adoptarse en cada uno de los procedimientos. Se pretende alinear los planes individuales de forma que todos ellos contribuyan a la rehabilitación de todos los deudores. En un plan de coordinación se ofrecen pautas (se «ilustra») sobre la estrategia coordinada que más conviene. En el plan de coordinación deben omitirse (por definición), las medidas concretas que deberán adoptarse respecto a cada deudor. Estas medidas concretas, que suponen la puesta en práctica de las recomendaciones o líneas maestras del plan de coordinación, se establecen en los planes particulares de cada uno de los procedimientos. En el plan de coordinación pueden incluirse cuantas medidas sean pertinentes para el desarrollo coordinado de todos los procedimientos y, especialmente, para la reconstrucción y el restablecimiento de la capacidad y la productividad de cada deudor. Igualmente, pueden incluirse mecanismos que ayuden a evitar o a solucionar potenciales conflictos internos. Sobre el particular v., extensamente, FLORES SEGURA, M., «La propuesta de reforma de la *Insolvenzordnung* en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo», cit., pp. 441 a 458.

supondría una injerencia en el ámbito competencial del resto de administraciones concursales⁴⁰⁵.

Otra posibilidad es que sea el órgano jurisdiccional quien se encargue de coordinar a las diversas administraciones concursales⁴⁰⁶. Por último, también se han dado soluciones judiciales creativas —y un tanto *sui generis*— a este problema⁴⁰⁷.

Un análisis de Derecho comparado nos muestra dos mecanismos para coordinar varias administraciones concursales: los acuerdos entre administraciones concursales (*Insolvenzverwaltungsverträge*) y los protocolos de actuación (*Protocols*). Ambos son vías para instrumentalizar y formalizar la cooperación⁴⁰⁸.

(a) Los acuerdos entre administraciones concursales

⁴⁰⁵ La propuesta de reforma de la *InsO* prevé que el administrador concursal coordinador puede influir moderadamente en el desarrollo de los demás procedimientos, aunque siempre será necesario que el administrador concursal gestor de cada procedimiento consienta en aplicar las propuestas que de que se trate. Sin dicho consentimiento, el administrador concursal coordinador no dispone de medios para imponer unilateral y forzosamente su voluntad. Los administradores concursales (provisionales o no) de los demás deudores pertenecientes al mismo grupo están obligados a colaborar con el administrador concursal coordinador (aunque no sometidos a él). En concreto, deben compartir periódicamente la información necesaria para el desempeño del cargo, como por ejemplo datos acerca de la situación económica de cada sociedad (269f (2) *InsO-E*). Ciertamente, el administrador concursal coordinador solo puede cumplir la misión de gestionar coordinadamente los procedimientos si cuenta con el apoyo de las demás administraciones concursales. En aquellos casos en los que el administrador concursal coordinador requiera algo más que información general (por ejemplo, si desea hablar con los trabajadores o examinar los establecimientos mercantiles), el administrador concursal correspondiente a ese deudor deberá facilitar y canalizar el acceso a la información deseada, de manera que no se generen incertidumbres ni suspicacias entre los trabajadores a raíz de la intervención del administrador concursal coordinador.

⁴⁰⁶ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 141.

⁴⁰⁷ Por ejemplo, el AJM 1 Córdoba 4.11.2010 optó por nombrar un órgano común para los concursos de cinco sociedades del mismo grupo pero, en atención a la especial trascendencia cuantitativa y cualitativa de los diversos procedimientos concursales, exigió que dicho órgano estuviese compuesto por tres letrados, tres economistas y un acreedor. Otro caso es el del AJM 1 Córdoba 3.9.2012, en el cual, al declarar el concurso de la sociedad matriz de un grupo cuyos demás integrantes también estaban en concurso, se nombraron como administradores concursales de la matriz a las dos administraciones concursales del perímetro del grupo. Además, al objeto de facilitar la gestión del procedimiento concursal, se condicionó dicho nombramiento a que se designase un representante de cada uno de los dos grupos de administradores concursales. Estos dos representantes (un abogado y un economista) intervendrían como administradores concursales del concurso de la matriz (sin perjuicio de que las dos administraciones concursales del perímetro del grupo pudiesen participar con carácter universal en la toma de decisiones, conforme a un reglamento de régimen interno que debería presentarse ante el juzgado). Respecto a la retribución, la correspondiente a la administración concursal de la matriz debería dividirse entre dos y repartirse entre los dos grupos de administraciones concursales. V., reseña en *ADCo*, núm. 28 (2013), p. 487. También el AJM 2 Barcelona 20.9.2010 resulta peculiar: tras la renuncia del administrador concursal acreedor, el juez, en lugar de nombrar un administrador nuevo (para la administración conjunta de cuatro concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo), decide no cubrir la vacante por las dificultades que implicaría tener que nombrar un acreedor de cada sociedad.

⁴⁰⁸ Se muestra partidario de emplear estos instrumentos para canalizar la cooperación el INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Guidelines for coordination of multinational enterprise groups insolvencies*, cit., Guidelines n.º 7 y 8.

Estos acuerdos pueden celebrarse entre dos o más administraciones concursales que gestionen procedimientos paralelos de insolvencia. El contenido de los mismos puede ser muy diverso, y en principio puede abarcar cualquier aspecto que resulte relevante de cara a la tramitación coordinada de los procedimientos. Los límites del acuerdo (esto es, aquello que no puede formar parte de su contenido) son, evidentemente, las disposiciones normativas que regulan los deberes de cada administración concursal (por ejemplo, no puede incluirse en el acuerdo nada que contravenga los deberes y obligaciones del órgano: no podría acordarse la prevalencia del interés de un concurso sobre los intereses de los demás, ya que cada administrador está llamado a maximizar la masa concursal del procedimiento a su cargo)⁴⁰⁹.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica, serían acuerdos procesales, porque su objeto es la regulación de derechos y deberes que versan esencialmente sobre el proceso concursal. No parece por ello que deban calificarse como contratos jurídico-privados⁴¹⁰.

La principal ventaja es que la cooperación es previsible y está bien acotada, lo cual redundaría en una mayor seguridad jurídica en relación con las medidas que se pueden adoptar en el marco de la actividad de cada administrador concursal⁴¹¹. El principal inconveniente práctico es el peligro de que este mecanismo genere pérdidas de flexibilidad en la gestión de la administración concursal. Los acuerdos estrechan el campo de juego de que dispone el órgano para reaccionar de forma rápida y flexible ante las nuevas situaciones que puedan darse. La pérdida de flexibilidad y la rigidez en la gestión pueden dar lugar a considerables pérdidas en la calidad de la misma.

Existen dos vías para solucionar esta cuestión. Pueden, por un lado, formularse estos acuerdos en términos amplios y de manera abierta, de forma que permitan un margen de actuación al administrador concursal en situaciones urgentes o graves, con lo que se gana en flexibilidad, pero, a la larga, esto perjudica a la coordinación (dado que, cuantas más prerrogativas tenga cada administrador concursal para actuar de forma independiente, menos coordinada será dicha actuación). Por otro lado, podrían incluirse en los acuerdos diversas eventualidades que justificarian actuaciones no coordinadas. Sin embargo, ello haría de los acuerdos algo excesivamente complejo, difícil y costoso de elaborar.

También pueden realizarse críticas dogmáticas y sistemáticas a la confección de acuerdos entre administraciones concursales. Cada una gestiona la masa en interés de los acreedores de cada concurso, de modo que los acreedores, al final, también se ven afectados por el contenido de los acuerdos. La duda que surge es si el administrador concursal puede

⁴⁰⁹ De esta exigencia se hace eco la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. III, § 42: «[E]sos arreglos de cooperación y coordinación no pueden mermar ni eliminar las obligaciones que tenga el representante de la insolvencia conforme a la ley que rija su nombramiento.».

⁴¹⁰ Es lo que opina también EHRICKE, U., «Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», cit., p. 402.

⁴¹¹ V. EHRICKE, U., ibíd., p. 402 y «Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenz» cit., pp. 356 a 360.

afectar a los acreedores sometiéndose a tal acuerdo, dado que, obligándose a sí mismo, también obliga a los acreedores. Otro problema consiste en determinar si el acuerdo obliga a la persona que ocupa el cargo o al cargo en sí. En otras palabras, se trata de determinar qué sucede en caso de cese del administrador concursal y nombramiento de un sucesor: puede ser que el sucesor siga obligado por el acuerdo que suscribió su predecesor, o puede que el mismo solo vinculase a este⁴¹². Aunque parece preferible la continuidad en la vinculación al acuerdo por ser más acorde con la seguridad jurídica, lo cierto es que esta solución confiere al administrador concursal facultades para alterar el contenido del cargo mediante la suscripción de acuerdos con otros administradores concursales.

(b) Los protocolos

Los protocolos⁴¹³ pueden consistir en los acuerdos antes referidos, pero también pueden tener la forma de un programa preformulado respecto del cual los distintos administradores concursales se comprometen. La diferencia con el mecanismo anterior es la intensidad de la vinculación que conlleva (la de los protocolos es menor). Los protocolos pueden ser reglas preestablecidas que faciliten la tramitación de procedimientos paralelos, sin desplegar efectos obligatorios respecto de los administradores concursales⁴¹⁴. Por ejemplo, se pueden adoptar como pautas de actuación en la actividad gestora.

II. La configuración de la administración concursal común en la Ley Concursal

La Ley 38/2011 hizo explícita una posibilidad que, con carácter general, admitía la doctrina bajo el anterior texto de la Ley Concursal⁴¹⁵, al establecer la posibilidad de que el juez competente para la tramitación de los concursos conexos nombrase, en la medida en que resultase posible, una administración concursal única (con la obligatoria designación de, al menos, un auxiliar delegado, v., *infra*, II.4).

⁴¹² Señala este problema EHRICKE, U., «Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», *ibíd.*, p. 403.

⁴¹³ Es la medida que se usa en EEUU para coordinar los procedimientos multinacionales de insolvencia. Vienen a ser tratados de Derecho Internacional Privado creados ad hoc para un caso concreto. V. FLASCHEN, E., y SILVERMAN, R. «Cross-border Insolvency Cooperation Protocols», *Tex. Int'l L. J.* núm. 33 (1998), p. 589. Al final del artículo incluye un ejemplo de protocolo.

⁴¹⁴ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», *cit.*, pp. 403 y ss. y, del mismo autor, «Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenz», *cit.*, pp. 360 y 361.

⁴¹⁵ Eran varias las voces de la doctrina que ensalzaban los beneficios de una administración concursal común. Por ejemplo, GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», *cit.*, p. 309; BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», *cit.*, p. 562; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», *cit.*, pp. 205 y 519; ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», *cit.*, p. 224. También lo admitía con carácter general la práctica judicial. Así, v., entre muchas otras resoluciones, AJM 1 Lérica 19.9.2008 y AJM 3 Barcelona 4.12.2008.

1. La falta de automatismo de la medida

Con carácter general, el nombramiento de una administración concursal común puede configurarse como una facultad (de modo que, en cada caso concreto, se examine su pertinencia) o como un deber del juez (de forma que sea una consecuencia automática en caso de declaración de concursos vinculados). En los Ordenamientos en los que existe previsión expresa al respecto, no hay unanimidad: mientras que en Italia es consecuencia automática⁴¹⁶, en Estados Unidos se configura como una facultad (de los acreedores, en este caso)⁴¹⁷. En Alemania, donde no se prevé expresamente la posibilidad de nombrar un órgano común, algún autor ha lamentado que no sea un deber del juez⁴¹⁸, pero la mayoría de la doctrina se muestra más proclive a configurarlo como una facultad⁴¹⁹.

Esta es precisamente la solución adoptada por la reforma de la Ley 38/2011, donde se establece que, en supuestos de concursos conexos, el juez «podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única» (art. 27.5 LC). Se trata de la solución más flexible y, por lo tanto, la más susceptible de adaptarse a cada caso concreto. Piénsese que la fenomenología de los concursos conexos es muy variopinta, por lo que debe rechazarse, en la medida de lo posible, el establecimiento de medidas automáticas que no dejen margen de discrecionalidad al juez a la hora de sopesar beneficios e inconvenientes. En algunos casos, el nombramiento de una administración concursal común carecerá de sentido: por ejemplo, en el caso de los grupos, cuando las sociedades

⁴¹⁶ V., nota 275.

⁴¹⁷ En la *Rule 2009(a) of the Federal Rules of Bankruptcy Procedure (Trustees for Estates When Joint Administration Ordered - Election of single trustee for estates being jointly administered)*, se dice: «If the court orders a joint administration of two or more estates under Rule 1015(b), creditors may elect a single trustee for the estates being jointly administered, unless the case is under subchapter V of chapter 7 of the Code». Nótese que, mientras la *Rule 2009(a)* articula claramente el derecho de los acreedores a elegir a un único trustee, la *Rule 2009(b)* es igualmente clara a la hora de preservar el derecho de los acreedores a tener trustees diferentes. Se ha dicho que la *Rule 2009* tiene así objetivos gemelos (*twin goals*): se permite el nombramiento de un órgano unitario a la vez que se mantiene la posibilidad de nombrar órganos distintos en cada concurso. V. RESNICK, A., y SOMMER, H. (eds.): *Collier on Bankruptcy*, cit., ¶ 2009.02.

⁴¹⁸ V. EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 498, que se pregunta si el juez está o no obligado a nombrar al administrador al que «le toque» según la lista. De afirmarse tal deber, podría defenderse el traslado de ese «deber de nombramiento» a otros ámbitos, como el de los concursos conexos. También, del mismo autor, «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 361. Sin embargo, la mayoría de la doctrina, tanto alemana como española, rechaza que exista tal deber, principalmente sobre la base de la necesaria confianza que el juez debe tener en la administración concursal. El diseño del órgano, según aparece en la Ley Concursal, está basado en la elección *discrecional* y *ponderada* de los candidatos correctos por parte de los jueces, que no pueden limitar su actividad a un nombramiento automático por orden o por sorteo, sino que deben ponderar las características de los miembros (experiencia, conocimiento sectorial, etc.) y contrastarlas con las características de cada procedimiento concreto. V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 402 y del mismo autor «Art. 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», cit., p. 574.

⁴¹⁹ Así, PAULUS, C., «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 1948; HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 446; EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», cit., p. 542; GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», cit., p. 1652 y «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 265; etc.

lleven negocios radicalmente distintos o desvinculados⁴²⁰, o cuando se planee desde el principio la liquidación de algunos miembros⁴²¹. Por ello, no parece que la conexión entre concursos justifique a priori una reducción a cero de la discrecionalidad del juez en lo relativo al nombramiento de la administración concursal.

Ahora bien, la naturaleza potestativa de la previsión legal queda empañada por la inclusión de la expresión «en la medida en que resulte posible» (art. 27.5 LC). Como se ha señalado de manera aislada, esta expresión es incomprensible si se la toma de forma literal⁴²². El precepto debe interpretarse en el sentido de que dicho nombramiento solo procederá «en la medida en que ello resulte conveniente», esto es, siempre que de la adopción de esta medida de coordinación vayan a obtenerse —previsiblemente— ventajas en el interés de los distintos concursos conexos.

2. Composición de la administración concursal común

Antes de la introducción de la unipersonalidad en la configuración del órgano por la Ley 38/2011 (art. 27.1 LC), la composición de la administración concursal común planteaba problemas en el Ordenamiento español⁴²³, concretamente en lo referente al administrador

⁴²⁰ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 143. Lo deseable es que solo se nombre una administración concursal unitaria cuando ello vaya a redundar en el interés de los distintos procedimientos.

⁴²¹ Se dice que entonces el desarrollo vinculado de los procedimientos (*Abwicklung im Verbund*) no tiene sentido. V. HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 446.

⁴²² Así lo establece ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 47, quien se pregunta de qué manera no podría ser posible el nombramiento de una administración concursal común.

⁴²³ Otro problema —ya eliminado— surgía cuando uno de los procedimientos se tramitaba de modo abreviado (antiguos arts. 190 y 191 LC) y los demás se tramitaban por el modo ordinario (o viceversa), porque entonces en algunos procedimientos la administración concursal era unipersonal mientras que en otros era pluripersonal. Surgía así la cuestión de cuántos miembros debían integrar el órgano. La solución por la que optó la práctica jurisdiccional consistía en entender que, si en al menos uno de los concursos el órgano de administración es pluripersonal, de nombrarse un órgano común este deberá ser también pluripersonal. Esta es la solución por la que optó el Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid en el concurso de una de las sociedades del Grupo Marsans que era apto para ser tramitado por el cauce del procedimiento abreviado. Los concursos de las demás sociedades del grupo se tramitaban de forma ordinaria, con un órgano pluripersonal compuesto por los mismos miembros. El juzgado recalcó la necesidad de ponderar la cifra de pasivo con la previsible dificultad de tramitar el procedimiento de forma coordinada con las demás sociedades del grupo, de modo que, haciendo uso de la facultad prevista por la Ley (art. 191.2 LC), nombró un órgano pluripersonal en el concurso abreviado, compuesto por los mismos miembros que administraban el resto de procedimientos (AJM 12 Madrid 29.7.2010).

La solución debía de ser la misma en caso de que todos los concursos conexos se tramitasen según el procedimiento abreviado y, por ello y en principio, con órganos unipersonales. Parece ser esta la solución más adecuada, con independencia de que, incluso considerados en conjunto, los concursos vinculados cumplan los requisitos necesarios para acceder a la tramitación abreviada (art. 190.1 LC). No sería razonable defender que un órgano unipersonal pueda cargar con la administración concursal de dos o más concursos (más aún desde que el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, subió el umbral mínimo de pasivo para poder seguir el cauce abreviado). Por lo demás, no plantea problemas el nombramiento de una administración concursal pluripersonal en estos casos, habida cuenta de la discrecionalidad concedida al juez para permitirlo, siempre que concurran «motivos especiales que lo

concurzal-acreedor, ya que este debía, en principio, ser acreedor común de todas las sociedades en concurso (antiguo art. 27.1-3.º LC)⁴²⁴. De no existir ningún acreedor común, la solución más respetuosa con la Ley era aquella que negaba la posibilidad del nombramiento de un órgano uniforme en todos los concursos⁴²⁵. Algún autor se mostró, sin embargo, favorable a excepcionar este requisito en casos de concursos conexos, puesto que la función del administrador-acreedor no es actuar en defensa de los demás acreedores, sino en beneficio del concurso en general⁴²⁶. De este modo, podría nombrarse como administrador-acreedor a una persona que no fuese acreedora de todos los concursos, siempre y cuando ostentase un crédito suficientemente significativo en uno o varios de los procedimientos⁴²⁷. Una solución intermedia consistía en entender que únicamente debía recaer en las mismas personas el nombramiento de los administradores concursales profesionales (art. 27.1-1.º y 2.º LC)⁴²⁸. No han faltado casos peculiares en la práctica jurisdiccional⁴²⁹.

La importancia de estos problemas ha disminuido considerablemente tras la reforma, dado que, actualmente, solo de forma excepcional procede nombrar un segundo administrador concursal que ostente la condición de acreedor (en el supuesto de

justifiquen» (art. 191.2 LC). Sobre el procedimiento abreviado, SENÉS, C., «Art. 191. Contenido del procedimiento abreviado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2784 a 2790.

⁴²⁴ Al respecto se habían dado soluciones flexibles. Por ejemplo, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 414 (también nota 74), defendía que el juez podría nombrar entonces al mismo acreedor en todos los concursos con independencia de las características concretas del crédito en cada concurso (siempre y cuando reúna las condiciones de elegibilidad, arts. 27.13.º, 28, 33 LC). El hecho de ser acreedor común a todos los procedimientos debe entenderse como razón suficiente para ser nombrado administrador concursal, aunque en alguno de los concursos hubiese otros acreedores con características más adecuadas para defender, en abstracto, el interés del concurso. Sea como fuere, lo habitual es que se recurra constantemente a aquellos acreedores que se encuentren presentes en la mayoría de los concursos (acreedores profesionales o acreedores públicos).

⁴²⁵ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., pp. 415 y 416.

⁴²⁶ SEBASTIÁN QUETGLAS, R., lo enuncia de la siguiente manera: «La diligencia de la actuación del administrador concursal acreedor es independiente de que lo sea de uno o de todos los concursos relacionados, ya que deberá obrar siempre en beneficio de todas las sociedades declaradas en concurso con independencia de que fuera acreedor de todas o de tan solo alguna de ellas». V. SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., p. 200. Este autor basa su afirmación en la doctrina de TIRADO, I., que afirma que «la mejor prueba de que los administradores no son representantes de ningún acreedor está en la inexistencia de instrumentos jurídicos que permitan a estos la exigencia de conductas determinadas». V. TIRADO, I., «Art. 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», cit., p. 577.

⁴²⁷ V. AJM Córdoba 04.11.2010.

⁴²⁸ ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 224.

⁴²⁹ Por ejemplo, el AJM 2 Barcelona 20.9.2010. En este caso, se produjo la renuncia del administrador concursal acreedor. Pese a que, en principio, debería procederse a un nuevo nombramiento, el juez decidió que el procedimiento continuase solo con dos administradores concursales. Uno de los motivos que condujeron al juez a tomar esa decisión era que, tratándose de los concursos de cuatro empresas pertenecientes al mismo grupo, con distintos acreedores, podría ser necesario el nombramiento de varias personas. Por eso decidió prescindir del administrador concursal acreedor, y recomendó al resto de administradores concursales que designasen auxiliares delegados.

concurso ordinario de especial trascendencia, art. 27.2-3.º LC). En estos casos, previsiblemente marginales⁴³⁰, resulta de aplicación lo expuesto en el párrafo anterior.

Por último, tiene especial relevancia en materia de concursos conexos la posibilidad, ahora explícita, de que sean nombradas administradores concursales las personas jurídicas (art. 27.1 LC)⁴³¹.

3. El nombramiento de una administración concursal común durante el transcurso de los procedimientos

Lo óptimo es que el órgano común se configure desde el principio, ya que solo así se aprovecharán al máximo las ventajas que de ello se derivan. Sin embargo, son imaginables varios supuestos en los que esto sea imposible o impertinente. Por ejemplo, cuando la declaración de los concursos conexos no sea simultánea (art. 25 LC)⁴³² o cuando, en el momento de declararse estos, el juez no aprecie la conveniencia de nombrar un órgano unitario (y sí lo haga posteriormente).

Antes de la Ley 38/2011, surgía la duda de si, en el caso de que ya se hubiesen nombrado distintas administraciones concursales, el órgano jurisdiccional estaba facultado para separar y sustituir a algunas de ellas (art. 37 LC) en aras de una mayor agilidad y coordinación de los procedimientos acumulados. En otras palabras, se trataba de dilucidar si, en tales circunstancias, existía justa causa para la separación⁴³³. La doctrina contestó

⁴³⁰ Por ejemplo, el AJM 10 Barcelona 1.2.2012.

⁴³¹ Se ha dicho que los objetivos claros de la reforma en materia de administración concursal fueron la profesionalización y la societización del órgano. La profesionalización se ha potenciado intensificando las funciones y la responsabilidad de los administradores, así como reforzando los requisitos necesarios para acceder al cargo. En cuanto a la societización, el recurso a la persona jurídica como administrador concursal profesional se prevé como un mecanismo que permite al concurso beneficiarse de las bondades propias de una administración concursal unipersonal (en esencia, la celeridad y la reducción de costes), garantizando, por otro lado, las ventajas que ofrece una administración concursal pluripersonal (dado que a la persona jurídica administrador concursal se le impone la integración de «al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas»). V., al respecto, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., «El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/11», *RCP*, núm. 17 (2012), pp. 145 a 153 y MELERO BOSCH, L. V., «Hacia la societización de la administración concursal», *RCP*, núm. 15 (2011), pp. 249 a 260.

⁴³² Nótese que el hecho de que los concursos no se declaren simultáneamente no es óbice para el nombramiento de los mismos administradores por vías informales. Un ejemplo pueden ser los concursos de cuatro sociedades del Grupo Marsans, que fueron declarados en fechas consecutivas (el 25.06.10, el 15.07.10, el 27.07.10 y el 29.07.10) por el mismo órgano jurisdiccional y en los cuales se nombró a los mismos técnicos.

⁴³³ Aunque la Ley no explicita qué debe entenderse por «justa causa», parece que, objetivamente, sí tendrían cabida criterios basados en la oportunidad, siempre que la decisión reporte beneficios para el concurso. La «justa causa» ha sido entendida por nuestra doctrina como un concepto indeterminado cuyos contornos resultan difíciles de precisar. Su determinación y valoración no pertenecen al ámbito de discrecionalidad del juez, sino que este ha de valorar la justicia de la causa, valorando la totalidad de los datos que afecten a la situación. Ello determina la imposibilidad de separar a un administrador *ad nutum*, puesto que solo procederá la separación si, atendiendo al contexto concreto, existe una razón objetiva que así lo justifique. V. TIRADO, I., «Art. 37. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 744. En cuanto al concepto de oportunidad, TIRADO reconoce que la delimitación entre discrecionalidad y oportunidad es poco nítida y que las ventajas que la separación

afirmativamente⁴³⁴, y esta opción es la que se ha plasmado en el vigente texto de la norma⁴³⁵.

Una vez adoptada dicha decisión, el juez tiene dos alternativas: bien nombrar una administración concursal *ex novo*, bien designar a alguna de las administraciones ya nombradas en alguno de los concursos acumulados⁴³⁶. Esta última solución parece la menos traumática y también la más operativa, ya que a dicha administración concursal le resultará más fácil ponerse al día y ya conocerá las circunstancias concretas en las que se enmarca al menos uno de los concursos acumulados⁴³⁷. Además, es una posibilidad expresamente prevista por la Ley (art. 27.5 LC), pero sin configurarla como un mandato imperativo. Téngase en cuenta que esta solución puede no favorecer a los interesados en el resto de concursos conexos, ya que sería necesario instruir a la nueva administración concursal en cada uno de los mismos (con los consiguientes costes económicos y temporales), y esta podría estar más interesada en defender los intereses del concurso en el cual fue inicialmente nombrada⁴³⁸.

4. El nombramiento de auxiliares delegados

Tras la reforma de la Ley 38/2011, se establece el nombramiento obligatorio de al menos un auxiliar delegado cuando, en casos de concursos conexos, se haya nombrado una administración concursal común (arts. 27.5 y 32.1-4.º LC). La obligatoriedad de la medida, si bien puede considerarse excesiva⁴³⁹, puede verse como un incentivo al empleo de la infrutilizada figura del auxiliar delegado (cuyo poco éxito deriva de que la

reporte al concurso deben ser muy claras para que sea admisible la misma. V., *ibíd.*, p. 745. Por lo tanto, sería admisible la separación de los administradores ya nombrados en concursos vinculados de cara a permitir el nombramiento de un órgano común a todos los procedimientos, pero siempre y cuando el hecho de tener un órgano común sea susceptible de reportar beneficios al interés de todos los concursos. Tales beneficios constituirían en este caso la «justa causa».

⁴³⁴ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 415. También BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», cit., p. 562: «[A]unque la acumulación no constituye en sí misma causa de cese de la administración concursal, constituye una causa justa para la separación de los administradores concursales nombrados en los distintos concursos (art. 37), a fin de tratar de conseguir una administración concursal unitaria». V., también, PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 459.

⁴³⁵ También en la propuesta de reforma de la *InsO* se autoriza expresamente al juez del grupo para separar del cargo al administrador concursal nombrado por el órgano jurisdiccional remitente cuando así sea necesario para designar un administrador concursal común para todos los miembros del grupo (§ 3b (3) *InsO-E*).

⁴³⁶ Lo normal será que se nombre a la administración concursal de la sociedad dominante (art. 37.1 LC). TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 415.

⁴³⁷ En este sentido, v. SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., p. 199.

⁴³⁸ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 415.

⁴³⁹ Se ha criticado esta obligatoriedad porque está basada en supuestos cuya concurrencia no siempre ha de justificar el nombramiento de un auxiliar delegado, porque no deja lugar al arbitrio judicial, y porque olvida la propia estructura del despacho profesional. V. LÓPEZ MÁÑEZ, L. E., «Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003», *RCP*, núm. 16 (2012), p. 157.

retribución que corresponde a los auxiliares delegados corre a cargo de los administradores concursales, *ex art.* 32.2 y 4 LC). Por otra parte, la expresión «al menos» indica que pueden nombrarse más. Deberán, entonces, cumplirse los requisitos ordinarios para el nombramiento de auxiliares delegados, a saber, la autorización judicial previa, que solo se concederá cuando el concurso sea especialmente complejo (art. 32.1 LC). El concepto de «complejidad», presenta unos contornos indefinidos que permiten relativizarlo⁴⁴⁰ y, en cualquier caso, parece que puede entenderse que en supuestos de concursos conexos concurre *per se* el requisito de la especial complejidad.

Surge finalmente la duda de si la obligatoriedad de nombrar al menos un auxiliar delegado también debe darse cuando la administración concursal formada por un único miembro sea una persona jurídica (art. 27.1 LC)⁴⁴¹. La interpretación literal del precepto debe conducirnos a entender que, en tales casos, el nombramiento de un auxiliar delegado resulta prescindible.

5. El informe de la administración concursal común

La función primordial del informe es ofrecer al juez y a los acreedores la información más completa e inteligible sobre el estado patrimonial del deudor en el momento del concurso, sobre las razones que le han conducido a ella y sobre la legalidad y viabilidad de las soluciones que pudieran ser aplicables⁴⁴². Dado que el informe debe analizar los datos y las circunstancias expresadas en la memoria aportada con la solicitud (es decir, la historia económica y jurídica del deudor, sus actividades en los últimos tres años, los establecimientos y locales en los que desarrolla su actividad, las causas que dieron lugar al estado económico en el que se encuentra y las propuestas de reestructuración, art. 6.2-2.º LC) y que, en principio, es admisible una memoria conjunta (una única memoria, donde se expresen las circunstancias comunes de forma única y, en cambio, los factores individuales se expresen separadamente), la conclusión lógica es que también el informe de la administración concursal pueda tener esta estructura (una parte común, si procede, y luego tantas subsecciones como deudores conexos hayan sido declarados en concurso).

El informe de la administración concursal debe ir acompañado por tres documentos anexos: el inventario de la masa, la lista de acreedores y, en su caso, el escrito de

⁴⁴⁰ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 174.

⁴⁴¹ La duda surge de la configuración del precepto. Así, tras establecer que «[c]uando exista un único administrador concursal, salvo en los supuestos de las personas jurídicas recogidas en el inciso final del artículo 27.1, el juez, cuando lo considere en atención a las circunstancias concretas, podrá designar, previa audiencia al administrador concursal, un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga aquel y en el que podrá delegar sus funciones conforme al párrafo anterior», se señalan los casos en los que resulta obligatorio el nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado (entre ellos, los supuestos de concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única). De ahí que no resulte fácil concluir si la excepción al nombramiento obligatorio de un auxiliar delegado se da o no cuando la administración concursal común sea una persona jurídica.

⁴⁴² V. RECALDE, A., «Art. 74. Plazo de presentación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1340 y 1341.

evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado (arts. 82, 83, 84 y ss., y 99 y ss.)⁴⁴³. Debería admitirse un escrito de evaluación conjunto si los deudores se han acogido a la posibilidad de condicionar recíprocamente los convenios (art. 101.2 LC). Téngase en cuenta que la elaboración de un informe único no implica per se la consolidación de las masas⁴⁴⁴. Es posible, en efecto, que aunque el informe «físico» sea un único documento, en su interior contenga por separado las respectivas listas de acreedores y los respectivos inventarios de bienes y derechos (cosa distinta sucederá, como veremos, cuando solo se presenta una lista de acreedores y un inventario para el conjunto de deudores conexos, v., infra, Tercera Parte).

En cuanto a la posibilidad de solicitar una prórroga del plazo para presentar el informe, parece estar fuera de toda duda su procedencia y justificación (art. 74 LC)⁴⁴⁵. La norma debería especificar que en el caso de administración unitaria nombrada en supuestos de concursos conexos, se presume la concurrencia de circunstancias excepcionales.

⁴⁴³ V. RECALDE, A., «Art. 75. Estructura del informe», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1347 y ss.

⁴⁴⁴ Prueba de ello nos lo ofrece el Ordenamiento argentino, donde, para el caso de los grupos, se establece que «[e]xistirá un proceso por cada persona física o jurídica concursada. El informe general será único y se complementará con un estado de activos y pasivos consolidados del agrupamiento. Los acreedores de cualquiera de los concursados podrán formular impugnaciones y observaciones a las solicitudes de verificación formuladas por los acreedores en los demás» (art. 67.3.º LCQ). Así, se debe presentar la información individual para cada deudor y también la información consolidada, pero únicamente a efectos informativos. La doctrina opina lo siguiente al respecto. BARBIERI, P. C., en *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522 comentada y concordada*, cit., p. 184 afirma que: «[d]ado que se trata de distintas personas —físicas o jurídicas— que conservan su individualidad pese a formar parte de un agrupamiento, [...] se establece que cada uno de los miembros del conjunto económico tendrá un proceso concursal distinto. Por lo tanto, cada uno de estos sujetos deberá cumplir con los recaudos del art. 11, y los acreedores de los mismos insinuarán sus créditos en el proceso correspondiente a su respectivo deudor, lo que originará que el síndico confeccione los informes individuales por separado (art. 35). La conexidad y vinculación de los distintos procesos se demuestra en la confección de un único informe general (art. 39) para todo el agrupamiento, debiendo el síndico añadir un estado de activos y pasivos consolidados de todo el grupo. Otra manifestación de la relación entre todos los concursos la proporciona el hecho de que los acreedores de una de las componentes pueden impugnar los informes individuales de crédito de las restantes». Dicen RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, cit., p. 166 que «[e]l balance consolidado y el individual no son dos instrumentos distintos, pues en ambos se expone la misma información aunque con metodologías diferentes [...] (CNCom., sala D, 28-8-98, “Argenblue SA s/Conc.prev.”, LL del 20-4-99, f. 98.606)». Por su parte, MIGUENS, H. J., *El grupo insolvente*, cit., p. 292, señala que en algunos casos lo del informe único puede resultar de difícil configuración y de escasa utilidad. También ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, cit., p. 177.

⁴⁴⁵ V., por ejemplo, la SJM 6 Barcelona 7.3.2008, que acuerda la prórroga en un supuesto de acumulación de concursos.

III. Los conflictos de intereses en la administración concursal común

1. La existencia de conflictos de intereses

El riesgo de que surjan conflictos de intereses es inherente al nombramiento de una administración concursal común⁴⁴⁶. La administración concursal, al contrario que el juez

⁴⁴⁶ V. RESNICK, A., y SOMMER, H. (eds.): *Collier on Bankruptcy*, cit., vol. IX, ¶ 2009.04. En Alemania son varios los autores que han puesto el acento en los conflictos de interés que surgen en caso de que la administración concursal sea unitaria. Así, BRAUN, E., y UHLENBRUCK, W., *Unternehmensinsolvenz*, cit., p. 522; GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», *ZIP*, núm. 21 (2007), p. 992; HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 446; LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», *ZIP*, núm. 36 (2004), p. 1695; EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., pp. 356 y 357. Destacan sobre todo las reflexiones de GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», cit., p. 1651. Del mismo autor puede consultarse también «Der Konzerninsolvenzverwalter – Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., pp. 265 a 270. También GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», *DZWIR*, núm. 12 (2002), p. 177; BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, cit., p. 133; PAULUS, C. «Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 827. La Comisión para la Reforma del Derecho concursal alemán (*Kommission für Insolvenzrecht*) rechazó, precisamente por este motivo, la inclusión de una previsión expresa en la *InsO* relativa a la posibilidad de nombrar una única administración concursal. En sus conclusiones se dice que una única administración concursal en supuestos de grupos de sociedades provocaría serios y graves problemas de conflictos de interés y, por ello, se potenciaría el peligro de que los intereses de los acreedores de las filiales fuesen postpuestos en beneficio de los acreedores de la matriz. V. AA. VV., *Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, cit., p. 292. Citado, entre otros, por UHLENBRUCK, «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 42. En España, han señalado este aspecto SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., pp. 30 y 31.

También el grupo de trabajo V de la CNUDMI ha llamado la atención sobre el particular: «De nombrarse un único o el mismo representante de la insolvencia para administrar a varias empresas de un grupo unidas por una compleja red de vínculos financieros y comerciales, pero con grupos de acreedores diferentes, existe el riesgo de que el representante pierda su independencia y neutralidad. Pueden surgir conflictos de intereses en materia, por ejemplo, de garantías recíprocas, deudas y créditos internos del grupo, financiación posterior a la apertura de un procedimiento, la declaración y verificación de los créditos, o la conducta indebida de una de las empresas respecto de otra empresa del grupo». V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 144.

En España, FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 97, advierte del riesgo de la identidad de la administración concursal en concursos acumulados por posibles intereses contrapuestos con especial incidencia en el ejercicio intragrupo de acciones de reintegración. Así, afirma que «[r]especto a la elección de una misma administración concursal para los concursos acumulados de grupos de empresas debe advertirse que no siempre esta decisión podrá reputarse acertada, pues puede haber estructuras grupales en las que se advierten conflictos de intereses —por ejemplo, si la matriz concentra todo el patrimonio y la deuda financiera, mientras que las filiales operativas no disponen de patrimonio y mantienen a acreedores no financieros—. En las demandas derivadas del ejercicio de acciones de reintegración, la coincidencia de administradores concursales en la posición de demandante y de demandado puede intensificar estos conflictos, de ahí que sea necesario que el juez no automatice estas decisiones de acumulación». En el mismo sentido, LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 258, afirma que la administración concursal común tiene la difícil labor de equilibrar los intereses controvertidos de los acreedores de cada sociedad del grupo en concurso y el del grupo, lo que requerirá, por una parte flexibilidad al intervenir la actividad de una sociedad isla en relación

del concurso, desarrolla la actividad de administrar las masas, las gestiona conforme a un fin (la mayor satisfacción de los acreedores de cada deudor). Al existir todo un entramado de relaciones entre los deudores conexos, esa función gestora unitaria de diversos intereses ajenos diversos y a menudo contrapuestos propicia o permite la aparición de conflictos de intereses⁴⁴⁷. En efecto, la configuración unitaria del órgano dará lugar, a menudo, a que la administración concursal se vea forzada a actuar conforme a dos o más funciones diferentes (administración concursal de A, de B, de C, etc.) y con objetivos también diferentes (maximizar la masa de A, la de B, la de C, etc.). Ahora bien, la existencia de estrechos vínculos de índole patrimonial entre los diversos deudores conduce a la paradoja de que, con una única actuación, la administración concursal única puede a la vez beneficiar y perjudicar a los acreedores cuyos intereses está llamada a tutelar (por ejemplo, se incrementa la masa de A en detrimento de las masas de B y C, o viceversa)⁴⁴⁸. Ocurre así que los diversos deberes de la administración concursal común aparecen como contrapuestos. Existe una cierta analogía entre estos supuestos y los conflictos de intereses intersocietarios que surgen cuando un mismo administrador social gestiona diferentes sociedades, en los llamados fenómenos de doble o múltiple representación societaria⁴⁴⁹. Lo que ocurre es que aquí no hablaremos de vulneración del

con su grupo y rigidez al exigir el cumplimiento de las contrapartidas o «ventaja compensatoria» de los flujos intragrupo.

En Italia, COSTA, C., y PAPPALARDO, A., «Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese», cit., p. 680, mencionan los conflictos de intereses que pueden surgir en el único *commissario straordinario* nombrado para todas las sociedades del grupo.

⁴⁴⁷ Similares conflictos surgen a nivel societario, cuando unos mismos administradores sociales deban representar distintos intereses. V., por todos, CHEFFINS, B. R., *Company law*, Oxford [Oxford University Press], 1997, p. 107, que pone el ejemplo de un administrador de un banco lo sea también de una sociedad participada por este y cliente del mismo (situación común, según dice, en Alemania). En tanto que administrador del banco, debería lograr la mayor retribución posible para la financiación obtenida por la otra sociedad. Sin embargo, en tanto que administrador de esta última, está llamado a hacer justo lo contrario.

⁴⁴⁸ La idea la formula TIRADO en los términos siguientes: «[s]i los administradores son comunes en los procedimientos de las distintas sociedades del grupo, es posible que un acto de administración en el concurso de un deudor beneficie a los intereses de ese concurso pero, a su vez, perjudique a los de otro de los deudores cuyo concurso también administra». V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 337. En Alemania, ha insistido en esto EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., pp. 356 y 357; GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», cit., p. 179 y PAULUS, C., «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 1948.

⁴⁴⁹ V. RODRÍGUEZ PINTO, M.^a S., *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español*, Madrid [Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles de España], 2005, pp. 343 y ss. Esta autora cita más adelante (p. 352) la Resolución de la DGRN de 2 de diciembre de 1998, en la cual se concluye que, según la doctrina jurisprudencial vigente, la colisión o conflicto de intereses es innegable «toda vez que las recíprocas posiciones contractuales de las partes se hallan en situación objetiva de contraste en la medida en que el posible beneficio de una de ellas se traducirá en un correlativo perjuicio para la otra».

interés social, sino del interés concursal de cada procedimiento (entendido como la mejor satisfacción de los acreedores de cada deudor)⁴⁵⁰.

El catálogo de situaciones en las que puede surgir un conflicto de intereses es extenso y fuertemente casuístico. Algunos de los supuestos que más susceptibles son de dar lugar a conflictos de intereses en el seno de una administración concursal unitaria son, sin ánimo exhaustivo, el ejercicio de acciones contra los socios personalmente responsables por las deudas de la persona jurídica en concurso (art. 48 bis.1 LC), la reclamación del desembolso de dividendos pasivos (art. 48 bis.2 LC), el embargo de bienes a los administradores o liquidadores para garantizar la responsabilidad por cobertura del déficit y a los socios personalmente responsables para satisfacer todas las deudas de la sociedad (art. 48 ter LC), el ejercicio de acciones contra los administradores de la sociedad en concurso (art. 48 quáter LC), el ejercicio de determinadas acciones de los concursados (art. 54 LC), determinadas operaciones sobre contratos (arts. 61 y ss. LC), el ejercicio de acciones rescisorias en determinadas circunstancias (arts. 71 y ss. LC), la clasificación de créditos (arts. 89 y ss. LC) y la imposición de responsabilidad concursal (art. 172 bis LC)⁴⁵¹. Se trata de acciones susceptibles de beneficiar a los interesados en un concurso en detrimento de los interesados en otro(s) concurso(s) vinculado(s)⁴⁵².

⁴⁵⁰ Obviamente, existirán tantos «intereses concursales» como procedimientos, dado que, al no producirse una unificación de las masas, no se unifica dicho interés.

⁴⁵¹ También es importante en este contexto el control de los créditos contra la masa. En los grupos, será habitual que una considerable parte de los mismos se genere con otras sociedades pertenecientes al mismo. Dado que, en el marco de los créditos contra la masa vinculados a la continuación de la actividad (que, recordemos, no cesa por la mera declaración de concurso, art. 44 LC), no hay un criterio de prelación específico en relación al acreedor de los mismos, salvo decisión motivada en contra, los créditos contra la masa entre sociedades de un mismo grupo deberán ser satisfechos con normalidad (esto es, no se subordinan). Por eso, un desmedido flujo de créditos contra la masa entre dos deudores en concurso puede vaciar patrimonialmente a uno de ellos en beneficio del otro. Por otra parte, también es cierto que si todas las sociedades están en concurso, se cuenta con la garantía de que todas las operaciones serán fiscalizadas en origen y recepción por la administración o administraciones concursales.

⁴⁵² Así, FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 105, señala que las controversias entre concursos pueden darse en tres momentos distintos: en la calificación de los créditos (subordinación deuda intragrupo), en las posibles acciones de reintegración sobre operaciones intragrupo, y en la calificación del concurso y la posible derivación de responsabilidad concursal: «[e]n esos tres momentos, los intereses de los distintos procedimientos pueden verse enfrentados, enfrentamiento que en el plano procesal hace conveniente que, en defensa de los intereses de cada concurso y de los acreedores de cada uno de ellos, deba haber administraciones concursales dispares, sobre todo porque la decisión de acumular los concursos [...] lleva aparejada que sea el mismo juez quien deba resolver las distintas incidencias e incidentes». Y continúa: «[E]n el marco de los procedimientos inmobiliarios, este conflicto de intereses aparece con mayor intensidad en supuestos en los que los intereses de los concursos no son coincidentes —piénsese en sociedades constituidas para promociones que no se pueden terminar por falta de financiación, lo que determina además un incremento de los pasivos por la resolución de los contratos, frente a otras promociones del mismo grupo que, por encontrarse en un estado de construcción más avanzado, exigen una concentración de esfuerzos financieros para posibilitar la conclusión y entrega de las obras—. Estas geometrías societarias determinarán que los intereses de los acreedores de una sociedad no solo no coincidan con los de las otras, sino que incluso sean opuestos. El mismo panorama de confrontación se puede encontrar en los supuestos en los que la estructura de grupo parte de la división funcional —la

2. La inadmisibilidad de los conflictos de intereses

Una de las cuestiones preliminares que debe analizarse es si la existencia de conflictos de intereses como los descritos en el apartado anterior contraviene el tenor de la normativa concursal o si, por el contrario, es admisible bajo esta. El punto de partida ha de ser la naturaleza híbrida de la administración concursal. Por un lado, se trata de un órgano que ejecuta labores de naturaleza semi-jurisdiccional⁴⁵³. Por otro, gestiona y administra patrimonios de forma cercana a los administradores societarios. Aunque se trata de las dos caras de una misma moneda, su régimen es distinto. Por este motivo, analizaremos por separado la incidencia que los conflictos de intereses tienen en ellas.

En primer lugar, en tanto que ejerciente de competencias semipúblicas, la administración concursal está diseñada como un órgano técnico, ajeno a los intereses que se ventilan en el concurso. Por ello, se exige a los profesionales que pretendan ocupar tal cargo un doble requisito de legitimidad. Por un lado, es necesario cumplir las exigencias de formación y experiencia (art. 27 LC). Por otro, no deben existir «tachas» impeditivas del ejercicio del cargo, de forma que se aseguren la capacidad, la ausencia de favoritismos y el ejercicio imparcial (arts. 28 y 33 LC). Asimismo, está activado el mecanismo de la recusación para asegurar que se cumplen los requisitos de independencia, imparcialidad y objetividad⁴⁵⁴. En concreto, el problema que surge en el seno de una administración concursal común a varios concursos conexos está relacionado con las incompatibilidades para el desarrollo del cargo⁴⁵⁵. La incompatibilidad surge de una situación fáctica que sitúa a una persona concreta en una posición inadecuada para el correcto desarrollo de una determinada actividad. Esta situación puede surgir por la imposibilidad de compatibilizar

matriz promotora, las filiales constructoras— o en supuestos de sociedades matrices de servicios y filiales vinculadas a diversas promociones».

⁴⁵³ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 424.

⁴⁵⁴ MORRAL SOLDEVILLA, R., «Art. 33. Recusación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 376. También sobre la recusación v. MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Art. 33. Recusación», en en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 298 a 303.

⁴⁵⁵ La división que hace la Ley de las causas impeditivas de elegibilidad es en tres categorías (incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones). Sin embargo, la doctrina ha puesto de manifiesto que el elenco legalmente propuesto por un lado se reitera y, por otro, deja determinadas causas fuera. Por ello, adoptaremos el criterio de clasificación propuesto por TIRADO, que aboga por clasificar las causas de inelegibilidad en función del motivo que las origina. En primer lugar, tendríamos las *incapacidades*, establecidas en virtud de la falta de aptitud natural del sujeto (incapacidad de obrar) o de la voluntad del legislador de excluir de la titularidad de derechos y obligaciones a determinadas personas por motivos de utilidad pública (incapacidad jurídica). En segundo lugar, están las *inhabilitaciones*, que responden al reproche del Ordenamiento jurídico por un comportamiento pasado del sujeto. En tercer y último lugar, quedan las *prohibiciones*, que derivan de la posibilidad de desarrollar simultáneamente dos actividades de forma correcta, debido a la existencia de una relación de cercanía personal o profesional que dificulta el ejercicio independiente de las funciones concursales. A su vez, las prohibiciones se subdividen en las prohibiciones en sentido lato y las incompatibilidades. Es a esta última categoría a la que debe prestarse atención en relación con los concursos conexos. V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 426.

dos actividades sin descuidar —o sin crear la sensación de que se descuida⁴⁵⁶— una de ellas a favor de la otra, o por el riesgo de falta de independencia y de imparcialidad derivado de una determinada relación personal o profesional⁴⁵⁷. Surge la duda de si son tolerables los conflictos de intereses que surgen en el seno del órgano común. En principio, el elenco de incompatibilidades que contiene la Ley Concursal (directamente o por remisión, arts. 28 y 33 LC, 124 LEC y 219 LOPJ) constituye una lista cerrada y, por lo tanto, no pueden apreciarse otras causas distintas a las recogidas⁴⁵⁸. Si bien esto es cierto, también lo es que la importancia de la finalidad perseguida (asegurar el ejercicio correcto e independiente del cargo, pues de ello depende en buena medida el éxito del procedimiento) aconseja una interpretación teleológica de la norma. Así, habida cuenta de que el elenco de incompatibilidades de peritos y jueces debe adaptarse al diseño de la administración concursal, deberá elegirse la interpretación que en mayor medida garantice la independencia del órgano⁴⁵⁹. Ello nos permite concluir, junto con buena parte de la doctrina⁴⁶⁰, que los conflictos de intereses del órgano común atentan contra el requisito de independencia que se le exige (art. 219.3 y 10 LOPJ, por remisión del art. 124 LEC, al cual remite a su vez el art. 33.2 LC). Así, cuando una administración

⁴⁵⁶ No puede olvidarse que la imparcialidad está conectada con la confianza de los ciudadanos en las instituciones (y la administración concursal, en tanto que investida de competencias semi-jurisdiccionales, es una de ellas). Así, no basta con ser imparcial, sino que, además, es *necesario parecerlo*. La doctrina define la imparcialidad como una posición orgánica o estructural (de un juez, tribunal o, como en este caso, administrador concursal) pero, sobre todo y ante todo, como una imagen y un estado de ánimo, una actitud sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte. Las notas que cualifican la imparcialidad, y que la jurisprudencia constitucional repite de forma constante, son las de desinterés y neutralidad. V. JIMÉNEZ ASENSIO, R., en Gómez Martínez (dir.): *La imparcialidad judicial*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2009, p. 71; CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 101.

La independencia y la imparcialidad, si bien son indudablemente complementarias, disponen de proyecciones diferentes. Tradicionalmente, se ha subrayado la función de la independencia para la construcción de una imagen de imparcialidad. Donde no hay independencia difícilmente se puede salvaguardar la imparcialidad, pues aquella actúa como una suerte de *prius*. La imagen de imparcialidad coadyuva a proyectar la legitimación de la función pública y la aceptación de sus decisiones, en concreto la expectativa de que en cualquier caso serán observadas incluso por la parte perdedora. La imagen de imparcialidad es decisiva para la seguridad y el mantenimiento de la legitimidad del sistema. V. JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978», cit., p. 16. También AGUILÓ REGLA, J., «Imparcialidad y aplicación de la Ley» en Gómez Martínez (dir.): *La imparcialidad judicial*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2009, p. 144.

⁴⁵⁷ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 435.

⁴⁵⁸ V. MORRAL SOLDEVILLA, R., «Art. 33. Recusación», cit., p. 378, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 436.

⁴⁵⁹ V. TIRADO, I., *ibíd.*, p. 425 y la abundante doctrina que allí se cita (nota 94).

⁴⁶⁰ Entre otros, BRAUN, E., y UHLENBRUCK, W., *Unternehmensinsolvenz*, cit., p. 522; GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 992; HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 446; LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», cit., p. 1695; EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., pp. 356 y 357; GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», cit., p. 1651 y del mismo autor «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., pp. 265 a 270.

concurzal común desempeña sus funciones en varios concursos vinculados cuyos acreedores tienen intereses contrapuestos se genera —justificadamente— desconfianza, incertidumbre e inseguridad sobre si ha realizado todos sus deberes con igual diligencia.

En segundo lugar, a la hora de definir el modo en que la administración debe desempeñar el ejercicio del cargo, el legislador concursal se inspiró en el régimen de conducta de los administradores sociales (art. 35 LC en relación con los arts. 225 y 226 LSC, antiguamente arts. 127 TRLSA y 61 LSRL). En tanto que órgano gestor del concurso, la administración concursal debe desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC)⁴⁶¹. Mientras que la diligencia «de un ordenado administrador» se refiere al cumplimiento correcto de los deberes orgánicos, la actuación como un «representante leal» se refiere a la necesidad de evitar conflictos de intereses⁴⁶². Tal deber de lealtad se exige para evitar que los administradores concursales «olviden que gestionan intereses ajenos»⁴⁶³. En cierto modo, la mención legal del deber de lealtad resultaría innecesaria en relación con la administración concursal, porque la propia configuración del órgano parte de la separación entre sus propios intereses y el interés que han de procurar⁴⁶⁴. La doctrina ha entendido que los conflictos que deben evitarse son, en términos generales, de dos tipos: estructurales o permanentes y coyunturales o eventuales. Solo cuando la oposición de intereses no sea la manifestación de un conflicto aislado, sino reflejo de una constante situación de posible divergencia y aun enfrentamiento entre estos, aparece el conflicto de intereses, no como determinante de un concreto deber de abstención del administrador en una votación aislada, sino como causa directa de incompatibilidad para el desempeño continuado del cargo⁴⁶⁵. Una primera dificultad consiste en determinar si los conflictos de

⁴⁶¹ El hecho de que no se defina la conducta exigible y se demanden comportamientos y no resultados concretos deriva de la incertidumbre que rodea al éxito del ejercicio de ciertos deberes orgánicos (por ejemplo, el resultado de una determinada decisión empresarial). V., al respecto, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 135. Una vez señaladas estas similitudes entre los administradores sociales y los concursales, debe tenerse en cuenta que estas coincidencias los acercan, pero en ningún caso los equiparan. El patrón de conducta de los administradores concursales debe recortarse a la luz de los efectos que produce la declaración de concurso (arts. 40 y ss. LC), teniendo como telón de fondo los principios o líneas maestras en las que se fundamenta la presencia del órgano de la administración concursal. V. MORRAL SOLDEVILLA, R., «Art. 35. Ejercicio del cargo», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 389.

⁴⁶² En este sentido se pronuncia, por ejemplo, EMPARANZA, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», *RDM*, núm. 281 (2011), pp. 19 y ss. Sin embargo, ambos deberes están estrechamente relacionados. De hecho, se ha llegado a afirmar que ambos deberes se imponen con la finalidad de evitar o, al menos, reducir el número de los conflictos de intereses que puedan producirse durante el desempeño del cargo. V. LLEBOT, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid [Civitas], 1996, p. 37.

⁴⁶³ MACHADO PLAZAS, J., «Art. 35. Ejercicio del cargo», en Sala; Mercadal y Alonso-Cuevillas (coords.): *Nueva Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2003, p. 217.

⁴⁶⁴ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 144.

⁴⁶⁵ POLO, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en Uría-Menéndez y Olivencia (dirs.): *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Madrid [Civitas], 1992, tomo VI, p. 262. En el plano concursal, ha

intereses susceptibles de surgir en el seno de una administración concursal común son permanentes o coyunturales. Aunque son algo inherente a la institución, lo cierto es que se trata de conflictos puntuales⁴⁶⁶, ya que únicamente suceden en determinadas operaciones y cuando estas se refieren a deudores con un determinado tipo de vinculación. El problema es que la solución societaria (la abstención de actuar en las concretas operaciones en las que exista conflicto) no es aplicable a la administración concursal, ya que entonces se bloquearía el funcionamiento del órgano.

Habida cuenta de todo lo anterior, parece que puede afirmarse que la existencia de conflictos de intereses contraviene los requisitos de independencia e imparcialidad que la Ley Concursal establece para el órgano. Esto ha llevado a varios autores al extremo de rechazar el nombramiento de una única administración concursal en concursos vinculados⁴⁶⁷.

Ahora bien, aunque es cierto que los conflictos de intereses en el seno de la administración concursal atentan contra la Ley, no nombrar un órgano común también lo hace, ya que impide lograr la mayor satisfacción posible del conjunto de los acreedores⁴⁶⁸, función primordial del procedimiento. Es cierto que el juez tiene el deber de impedir la parcialidad (real o aparente, en acto o en potencia) de la administración concursal, y que los conflictos de intereses se evitan nombrando administraciones concursales distintas en cada concurso. Sin embargo, el juez del concurso tiene también que intentar lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores. A menudo, esto será más sencillo mediante el nombramiento de una única administración concursal⁴⁶⁹. El juez del concurso se encuentra así en una relación de tensión entre la solución económicamente más razonable (nombrar una única administración concursal) y la solución que mejor respeta el tenor de la Ley pero que es menos razonable económicamente (nombrar una administración concursal distinta en cada concurso). El juez debe entonces buscar la solución que mejor se acomode a ambos extremos⁴⁷⁰.

Si los beneficios que reporta una administración concursal común son, en términos absolutos, mayores que los problemas que genera, la opción más racional es la de

estudiado la incidencia del deber de lealtad en los administradores concursales TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 144 y 145.

⁴⁶⁶ Así lo afirman, en Alemania, GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», cit., p. 177. En España, opina lo mismo TIRADO, que los denomina conflictos *externos* (en contraposición a los estructurales, a los que llama *internos*). V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 144 y 145.

⁴⁶⁷ Para BRAUN, E., y UHLENBRUCK, W., *Unternehmensinsolvenz*, cit., p. 522, los intereses opuestos de cada deudor implican que, obviamente, deben nombrarse varias administraciones concursales.

⁴⁶⁸ V. GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», cit., p. 178.

⁴⁶⁹ En el caso de los grupos, el nombramiento de administraciones concursales separadas puede conducir al desmembramiento del grupo. V. GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», cit., p. 1652.

⁴⁷⁰ V. GRAEBER, T., «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 266.

nombrar una administración concursal común, pero establecer además medidas adicionales que neutralicen el riesgo de los conflictos de intereses. De no añadirse medida alguna que contrarreste el problema, el nombramiento de una única administración concursal debería reputarse irrealizable en la práctica⁴⁷¹.

3. Tutela frente a los conflictos de intereses

El problema se centra en asegurar la adecuada protección de los intereses de cada grupo de acreedores (*rectius*, de los acreedores de cada deudor). La tutela frente a los conflictos de intereses puede ser preventiva (*ex ante*) o reactiva (*ex post*), según se trate de medidas anteriores o posteriores a la provocación de un perjuicio. Entre los mecanismos de tutela preventiva están el deber de informar al juez del conflicto en cuanto la administración concursal tenga constancia del mismo (*duty of disclosure*), la posibilidad de solicitar al juez una autorización para realizar determinados actos y la posibilidad de nombrar un auxiliar independiente que represente a uno de los intereses contrapuestos. La tutela reactiva es la resarcitoria.

3.1. El deber de informar al juez

Pese al silencio que guarda la Ley, puede inferirse un deber genérico de la administración concursal de poner en conocimiento del juez la concurrencia de un conflicto de interés tan pronto como se tenga conocimiento de él. En efecto, dado que los administradores tienen el deber de procurar el interés del concurso, en cuanto sean conscientes de la imposibilidad de llevar a cabo correctamente las funciones inherentes al cargo, deberán ponerlo en conocimiento del juez⁴⁷². Así, deberán anunciar la situación de conflicto, su origen y sus síntomas para que el juez esté en condiciones de evaluar si existe o no un auténtico conflicto de intereses y cuál es la manera de actuar que conviene. No basta con describir la situación de forma general y exponer una posible deducción del conflicto de intereses. Antes bien, será necesario que se expongan factores y riesgos concretos, de forma que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de formarse una idea lo más

⁴⁷¹ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 357. En Estados Unidos, la Federal Rule of Bankruptcy Procedure Rule 2009(d) autoriza al juez a ordenar el nombramiento de *trustees* distintos para cada concurso si se acredita que las partes interesadas pueden ser perjudicadas por el conflicto de intereses de un único *trustee*. Bien es cierto que el *Advisory Committee* de 1983 y la jurisprudencia han dejado claro que la intervención del juez únicamente procede si se demuestra que los conflictos de interés son serios, y solo «in case of special and peculiar necessity for the protection of rights which cannot be adequately protected by a common trustee or by creditors directly». V. RESNICK, A., y SOMMER, H. (eds.): *Collier on Bankruptcy*, cit., ¶ 2009.04. Contra, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 436.

⁴⁷² En apoyo de esta afirmación, recuérdese que, en general, los administradores concursales están obligados a comunicar al juez las circunstancias que puedan comprometer su independencia. Así, por ejemplo, sobre los administradores concursales pesa el deber de comunicar las causas de recusación que puedan concurrir en su persona en el momento de la aceptación del cargo (art. 29.1, segundo inciso LC), deber que puede hacerse extensivo al resto del procedimiento (art. 33 LC).

precisa posible sobre la situación⁴⁷³. Esta solución presenta el inconveniente, sin embargo, de que no lidia realmente con el conflicto de intereses, esto es, no lo elimina, sino que se limita a ponerlo de manifiesto.

3.2. Las autorizaciones voluntarias

Otra posible solución es el recurso al sistema de autorizaciones voluntarias que prevé la Ley para que la administración concursal pueda solicitar el permiso judicial cuando lo estime conveniente (art. 188 LC)⁴⁷⁴. La presencia de un conflicto de intereses es motivo suficiente para que la administración concursal estime conveniente solicitar autorización de forma facultativa, siempre que la singularidad del conflicto y su posible repercusión en el concurso justifiquen la intervención judicial⁴⁷⁵. De esta forma el órgano reduce el riesgo de que se le exijan responsabilidades por su conducta⁴⁷⁶, en el sentido de que la autorización judicial dificulta el éxito de una pretensión resarcitoria, ya que crea la presunción de actuación leal y diligente.

El juez solo autorizará cuando entienda probado que con la actuación no se beneficia el interés de ningún concurso en detrimento de otro. De este modo, la solución al problema viene de la mano de la distribución de tareas entre el juez del concurso y la administración concursal. Así, cuando la administración concursal unitaria se encuentre entre intereses contrapuestos derivados de la administración paralela de dos deudores, y por lo tanto no sea (o pueda no ser) apta para realizar adecuadamente la tarea que tiene encomendada, debe intervenir la actividad de vigilancia y supervisión del juez del concurso, de cara a impedir una discriminación de los intereses de un grupo de acreedores en pro de otro⁴⁷⁷. En términos más generales, también la CNUDMI ha

⁴⁷³ Sobre esto insisten GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 993. El deber de comunicar la existencia de un conflicto de interés aparece también en la normativa societaria (art. 229.1 LSC), con la salvedad de que en tales casos los destinatarios de la información son el consejo de administración (en su defecto, a los otros administradores) y, en caso de administrador único, a la junta general. En el procedimiento concursal la potestad de supervisar al órgano de gestión corresponde al juez del concurso, por lo que es este a quien debe dirigirse la información.

⁴⁷⁴ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 337: «[L]a autorización voluntaria permite solucionar problemas de conflictos de competencias (*conflicting duties*). En estos casos, el recurso al juez permite reducir la litigiosidad y evita los daños que puede acarrear una posterior declaración de ineficacia. El ejemplo paradigmático sería el caso de acumulación de concursos (art. 25 LC)».

⁴⁷⁵ V. SENÉS, C., «Art. 188. Autorizaciones judiciales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2766 a 2769 y HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Comentario al artículo 188», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 1917 a 1921.

⁴⁷⁶ Mientras que JUAN Y MATEU afirma que la autorización excluye la responsabilidad de los administradores concursales, TIRADO opina lo contrario, ya que entonces se correría el riesgo de permitir que un patrimonio actuase en el tráfico sin que nadie respondiese por los daños que causase. V., en detalle, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 336 nota 122. *Contra*, JUAN Y MATEU, F., «Art. 36. Responsabilidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 733.

⁴⁷⁷ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 357. V., también, del mismo autor, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., pp. 466 y ss.

sugerido la posibilidad de que la administración concursal en situación de conflicto someta la cuestión al criterio del juez⁴⁷⁸.

El riesgo de esta solución es que el conflicto de intereses no se solucione, sino que solo sea traspasado al órgano jurisdiccional.

3.3. El nombramiento de un auxiliar independiente

En algunos países se ha sugerido, como solución al problema de los conflictos de interés⁴⁷⁹, el nombramiento de un auxiliar independiente o administrador concursal especial (*curatore speciale, Sonderinsolvenzverwalter*), al cual se le encomendaría la tarea de dirimir el conflicto concreto de forma imparcial⁴⁸⁰. También menciona esta posibilidad, si bien tímidamente, la CNUDMI⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 144.

⁴⁷⁹ En Alemania, los supuestos en los que cabe emplear la figura del *Sonderinsolvenzverwalter* en caso de insolvencia son principalmente dos. En ambos casos concurre un impedimento a la realización de la actividad de la administración concursal tal y como la configura la Ley: (i) cuando exista un impedimento fáctico (*tatsächliche Verhinderung*) del administrador concursal principal (una enfermedad de larga duración, una ausencia obligada, etc.), (ii) cuando exista un impedimento legal (*rechtliche Verhinderung*) respecto del administrador concursal principal. Los impedimentos legales se refieren básicamente a los conflictos de interés, que a su vez pueden ser de dos tipos: (a) los conflictos entre el administrador concursal como individuo y los intereses que «representa» (*Interessenkollisionen zwischen dem Verwalter als Individuum und den von ihm «vertretenen» Interessen*) y (b) los conflictos entre los diversos intereses que «representa» el administrador concursal (debemos hablar entonces, con mayor propiedad, de *conflicting duties*). En el primer caso, puede nombrarse un *Sonderinsolvenzverwalter* para evadir la prohibición de autocontratación sobre los objetos que integran la masa, o en el caso de que el administrador concursal letrado tenga que actuar como abogado contra la administración concursal de la cual es miembro porque le contrató un mandante antes de ser nombrado administrador concursal. En el segundo caso encajan los supuestos de concursos conexos en los que se nombra una administración concursal unitaria. V. GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 992. También LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», cit., pp. 1694 y 1695. Y GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», cit., pp. 177 a 183.

⁴⁸⁰ En Alemania, ni la derogada *Konkursordnung*, ni la vigente *Insolvenzordnung* contienen (por ahora) norma alguna que permita el nombramiento de un *Sonderverwalter*. Sin embargo, tal nombramiento ha contado siempre con el apoyo incondicional de la doctrina alemana, empezando por JAEGER/WEBER, *Konkursordnung*, § 78. Estos autores consideran admisible el nombramiento de un administrador concursal especial cuando existe riesgo de un conflicto de interés: «Ein Sonderverwalter ist auch zu bestellen, wenn für einzelne Geschäfte die Gefahr einer Interessenkollision besteht». De ello se hicieron eco KUHN, G., y UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung*, cit., pp. 1149 y 1150 y KILGER, J., y SCHMIDT, K., *Konkursordnung*, 16.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 1993, p. 382, entre otros. En el proyecto de *Insolvenzordnung*, se preveía el nombramiento de un *Sonderverwalter* cuando concurren impedimentos fácticos o jurídicos sobre el administrador concursal principal (§ 77 RegEInsO). Sin embargo, la previsión normativa no se mantuvo en la versión final. En el transcurso del trámite de aprobación de la Ley se consideró que, al igual que bajo el Derecho anterior, se podría utilizar la institución (*das Institut der Sonderinsolvenzverwaltung*) sin apoyo normativo, prescindiendo de una norma que la contemplase expresamente. Correspondientemente, la práctica parte de la consideración de que el nombramiento de un *Sonderverwalter* es pertinente o admisible en supuestos en los que haya que reparar o remediar conflictos de interés (*Interessenkollisionen*) o impedimentos (*Verhinderungen*). Reconocen esta posibilidad BRUDER, K., «Amt und Aufgaben des Insolvenzverwalters», en Wimmer; Dauernheim; Wagner y Gietl (eds.): *Handbuch des Fachanwalts. Insolvenzrecht*, 4.^a ed., Colonia [Luchterhand], 2010, pp. 80 a 82; BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischen Insolvenzrecht*, cit., pp. 141 y ss.; GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», cit., pp. 1681

3.3.1. Características

Un auxiliar independiente no es un ayudante ni un sustituto ni un representante de la administración concursal principal (el *regulären Insolvenzverwalter* o *Hauptverwalter*). Es un administrador concursal autónomo, con tareas acotadas y estrictamente definidas que está llamado a ejecutar de forma independiente, sin estar sometido a las directrices e instrucciones del administrador concursal principal. Así, no puede nombrarse auxiliar

a 1683; KLOPP, O., y KLUTH, T., «§ 22. Der Insolvenzverwalter», en Gottwald (ed.): *Insolvenzrechtshandbuch*, 4.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 2010, p. 424; MOHRBUTTER, H., «Eröffnung des Konkursverfahrens», en Mohrbutter (ed.): *Handbuch der Insolvenzverwaltung*, Múnich [Carl Heymanns], 1997, pp. 48 y 49; PAPE, G., y UHLENBRUCK, W., *Insolvenzrecht*, Múnich [C. H. Beck], 2002, pp. 155 y 156; SMID, S., *Insolvenzordnung*, Stuttgart [Kohlhammer], 1998, p. 371 y UHLENBRUCK, W., «§ 56 Bestellung des Insolvenzverwalters», en Uhlenbruck (ed.): *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a ed., Múnich [Franz Vahlen], 2003, pp. 1035 a 1037, PAULUS, C., «Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht», cit., pp. 285 y ss., entre otros. Algunos autores amparan la posibilidad de nombrar un *Sonderverwalter* en el principio de proporcionalidad, ya que nombrarlo representa, en comparación con la total separación del administrador concursal, una medida leve (y quien puede lo más, puede lo menos: *a maiori ad minus*). En este sentido, concluyen que no es necesaria una previsión expresa y que la decisión de eliminarla del proyecto de *InsO* fue acertada. V. GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», cit., p. 180. También se ha situado el origen de la institución en el § 92 *InsO*, que regula la acción de indemnización por daños contra la masa (también llamados «daños de conjunto» o *Gesamtschäden* por atentar contra todos los acreedores en general, ya que ven disminuida su cuota de satisfacción). Esta acción también puede ir dirigida contra el administrador concursal, en cuyo caso la acción tiene que ser interpuesta «von einem neu bestellten Insolvenzverwalter» (§ 92 Satz 2 *InsO*). Se ha entendido que la ley reconoce así, por un lado, el hasta entonces administrador que va a ser temporalmente reemplazado y, por otro, al *Sonderverwalter*, al cual únicamente se le nombra con el fin específico de ejercitar la acción y continuarla hasta su fin. V. LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», cit., p. 1694. El nombramiento de un *Sonderverwalter* se contempla expresamente en la propuesta de reforma de la *InsO* que recientemente ha hecho pública el *Bundesministerium der Justiz* alemán (§ 56b (1) *InsO-E*).

En Italia, reconocen la posibilidad de nombrar un *curatore speciale* en casos de conflictos de interés: PAJARDI, P., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 611 (nota 60); SATTA, S., *Diritto fallimentare*, cit., p. 432 (nota 47); MAZZOCA, D., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 511-512; DE FERRA, G., *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 319 y MAFFEI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padua [CEDAM], 2000, p. 646. Contra, PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milán [Giuffrè], 1974, p. 738. Más recientemente, ha escrito sobre el particular SPIOTTA, M., *Il curatore fallimentare*, Bologna [Zanichelli], 2010, pp. 35 y ss. En concreto, sobre la determinación de la norma que legitima para el nombramiento de un *curatore speciale*, se discute si se trata del artículo 78.2 del Codice di Procedura Civile (*Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto d'interessi col rappresentante*) o del artículo 32.2 de la *legge fallimentare* (*Il curatore può essere autorizzato dal comitato dei creditori, a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito, sotto la sua responsabilità*). En realidad, parece que ninguna de estas normas ampara el nombramiento de un administrador concursal especial en el sentido del que aquí se habla, dado que ni entre deudor y administración concursal se da una relación de representación (y no puede por lo tanto hablarse de representante y representado), ni el administrador concursal especial es un auxiliar del principal. Aisladamente también se ha mantenido que la posibilidad de nombrar un *curatore speciale* se sustenta en el artículo 37 de la *legge fallimentare* (*Revoca del curatore*).

⁴⁸¹ La *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 144 también prevé, en efecto, esta posibilidad, puntualizando que la designación puede hacerse por toda la duración de las actuaciones o limitándola a la resolución del conflicto. V., *ibíd.*, la recomendación n.º 233.

independiente a un empleado ni a cualquier otra persona relacionada económica, jurídica o afectivamente con el administrador concursal principal⁴⁸².

El auxiliar independiente tiene los mismos derechos y deberes que los miembros técnicos de la administración concursal principal, pero circunscritos a la tarea concreta para la cual ha sido nombrado (y que desempeñará en lugar de aquellos). Es esencial que las tareas encomendadas al auxiliar independiente queden perfectamente acotadas por el juez para, así, evitar conflictos de competencias con la administración concursal principal⁴⁸³. Debe resaltarse que el «control» que proporciona el auxiliar independiente no tiene en modo alguno vocación de permanencia, esto es, no es un cargo que perdure durante todo el procedimiento. Al contrario, se trata de un recurso puntual al cual solo debe recurrirse en especiales situaciones de conflicto⁴⁸⁴.

Parte de la doctrina alemana se ha mostrado, sin embargo, favorable a nombrar un auxiliar independiente para cada deudor conexo, de forma que represente la defensa y protección de los intereses y derechos de cada deudor y de sus respectivos acreedores. Cada auxiliar independiente debería entonces intentar maximizar la satisfacción de los acreedores del concurso que le corresponda y eliminar así el riesgo de conflictos de intereses⁴⁸⁵. El nombramiento de auxiliares independientes debe estar guiado por la prudencia, de modo que, en cada caso, se decida si es realmente necesario nombrar uno para cada concurso. Téngase en cuenta que la liberalización del nombramiento de auxiliares independientes puede hacer resurgir los inconvenientes de nombrar varias administraciones concursales principales (descoordinación, ineficiencia, etc.)⁴⁸⁶. Por ejemplo, en el caso de que los activos de un deudor fueran básicamente créditos litigiosos contra otro deudor, sería necesario designar un elevado número de auxiliares

⁴⁸² Así, GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 996, y GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», cit., p. 181. En general, la relación entre el administrador especial y el principal es problemática. La doctrina alemana ha recalado la dificultad de lograr la independencia del administrador especial respecto del principal, especialmente cuando al primero se le nombra una vez iniciados los procedimientos y tiene que consultar la documentación preparada por el segundo (algo, en el fondo, lógico, para evitar la duplicación de trabajo). En tales casos, el administrador especial podría o bien prevalerse, o bien dejarse influenciar por la misma. V., al respecto, LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», cit., pp. 1697. La necesidad de que el administrador especial sea independiente e imparcial ha llevado a ciertos autores a defender incluso la posibilidad de nombrar un *Sonder-Sonderinsolvenzverwalter*. V. GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 997.

⁴⁸³ LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», cit., p. 1697.

⁴⁸⁴ PAULUS, C., «Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 288.

⁴⁸⁵ GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», cit., p. 1652. También, del mismo autor, «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 269.

⁴⁸⁶ HIRTE aconseja dejar la decisión a la praxis. Este autor previene de que la proliferación de administradores especiales conlleva el riesgo de que estos se perfilen ante el juez y bloqueen la dirección del procedimiento a través del administrador principal. V. HIRTE, H., «Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», cit., p. 446.

independientes (para ejercitar las reclamaciones correspondientes), lo cual resultaría desproporcionado respecto a las ventajas de nombrar una administración concursal única (piénsese, por ejemplo, que la actividad de los auxiliares independientes podría llegar a ser tan extensa que neutralizase las ventajas de un órgano común). Por eso, debería excluirse el nombramiento de una administración concursal común cuando existan conflictos internos entre los deudores conexos que puedan poner en peligro la independencia del órgano y dichos conflictos no puedan solucionarse mediante el nombramiento de auxiliares independientes⁴⁸⁷ o requieran la designación de un número excesivo de estos.

Un auxiliar independiente no adquiere competencias conjuntas para el resto del procedimiento, y la administración concursal principal se ve despojada de las competencias que han sido transferidas al auxiliar independiente. De esta forma, no hay solapamiento posible. El hecho de que la administración concursal principal «pierda» parte de sus competencias ha llevado a varios autores a afirmar que se trata de una medida más leve que la separación del cargo⁴⁸⁸. Esta consideración es, como se verá inmediatamente, esencial de cara a llenar lagunas relativas al régimen de los auxiliares independientes.

3.3.2. Admisibilidad de la figura en el Derecho español

El hecho de que la Ley Concursal no contenga previsión expresa al respecto puede no ser obstáculo a su admisibilidad *de lege lata* en el Ordenamiento español. Ahora bien, la figura no puede encuadrarse en ninguna de las modalidades de intervención de terceros que prevé la Ley Concursal (auxiliares colaboradores y auxiliares simples). Estas modalidades no se concibieron para solucionar conflictos de intereses, sino para paliar la complejidad del ámbito competencial del órgano⁴⁸⁹. Por ello, aun resultando idóneas para combatir los otros inconvenientes de la administración concursal común (como la excesiva carga de trabajo o la distancia), no son de mecanismos aptos para solucionar conflictos de intereses.

Un auxiliar independiente realiza tareas orgánicas, por lo que no podría ser un auxiliar colaborador. Tampoco puede encuadrarse en la figura del auxiliar delegado, y ello por los tres motivos siguientes: en primer lugar, porque la delegación no comporta la pérdida de la función delegada por el delegante. En otras palabras, lo que se produce es un desdoblamiento de las posibilidades de actuación, de manera que lo que antes solo se

⁴⁸⁷ Según muestra la experiencia, cuanto más grave sea el conflicto de intereses y más complejo sea el objeto subyacente (es decir, la cuestión a la que se refiere el conflicto), más difícil será que los administradores concursales especiales lleguen a entenderse y a colaborar.

⁴⁸⁸ También se diferencia de la separación en la que el auxiliar independiente agota sus competencias con la tarea concreta que se le encomienda o en el concurso concreto en el cual se le nombra. En cambio, cuando se cesa a la administración y se nombra un nuevo órgano, este cuenta con todas las competencias que le otorga la Ley, sin que proceda su precisión. LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», cit., p. 1694. V., también, EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 357.

⁴⁸⁹ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 161.

podía ejercitar eficazmente por la administración concursal, ahora también puede realizarlo un tercero (se da una suerte de competencia concurrente en la cual prevalece la opinión de la administración delegante)⁴⁹⁰. En segundo lugar, y como corolario de lo anterior⁴⁹¹, porque la administración delegante adquiere un deber de vigilancia o fiscalización sobre el auxiliar delegado, en el sentido de controlar el correcto ejercicio de las funciones delegadas, lo cual también le permite dar instrucciones al auxiliar delegado⁴⁹². En tercer lugar, porque la retribución de los auxiliares delegados corre a cargo de la administración concursal (art. 32.2 LC). Además, entre la administración concursal y el auxiliar delegado se establece una relación jurídica basada en la confianza⁴⁹³.

En cualquier caso, el Ordenamiento español no es completamente ajeno al nombramiento de un tercero independiente de cara a dirimir conflictos de intereses (art. 206.3 LSC y antiguo art. 117.3 TRLSA)⁴⁹⁴ o como gestor ad hoc de un patrimonio (arts. 630 y ss. LEC)⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ Recuérdese que el administrador concursal especial es la persona que actúa en lugar del administrador concursal principal en un determinado ámbito, en el cual este último está vedado. El administrador concursal especial no ostenta una competencia conjunta o compartida con el administrador principal. V. GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 992.

⁴⁹¹ Decimos «como corolario» porque con la delegación, en lugar de reducirse los deberes de la administración delegante, se produce una especie de duplicación de sus funciones. Tal paradoja deriva del hecho de que el que delega adquiere un nuevo deber: el de vigilar a la persona en la que ha delegado. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 177.

⁴⁹² Naturalmente, el auxiliar delegado no carece completamente de capacidad decisoria propia. No se trata de un mero nuncio que ejecute instrucciones, sino que cuenta con un cierto grado de discrecionalidad. Lo que ocurre es que sí están sometidos a las directrices que den los administradores concursales, que pueden venir referidas al contenido y a la extensión de la actuación, al momento de su ejecución, al procedimiento de realización, etc. TIRADO, I., *ibíd.*, pp. 178 y ss. En cualquier caso, basta que tales instrucciones sean meramente indicativas para concluir su incompatibilidad con el concepto de auxiliar independiente.

⁴⁹³ TIRADO, I., *ibíd.*, p. 176.

⁴⁹⁴ Este precepto se refiere a la impugnación de acuerdos sociales en casos de administrador único. Como es sabido, la legitimación activa para impugnar acuerdos sociales también alcanza a los administradores sociales, habida cuenta de su condición de órgano dotado de un conjunto de poderes y deberes con fines de utilidad social. Ahora bien, estas acciones deben dirigirse contra la sociedad (art. 206.3 LSC) que, conforme a las reglas generales, actuará en el pleito valiéndose de sus órganos representativos (art. 2 LEC). Como la representación de la sociedad recae en los administradores sociales (arts. 233 LSC y 128 TRLSA) y estos están legitimados para impugnar los acuerdos sociales (ya sea en calidad de accionistas, ya sea en calidad de administradores) puede ocurrir que el actor tenga la representación exclusiva de la sociedad a la cual demanda. Para este supuesto, la ley previene que sea la junta general quien designe al nuevo representante de la sociedad y, solo cuando aquella no haya realizado la designación, encomienda al juez que la haga entre los socios que hubiesen votado a favor del acuerdo impugnado. Si bien en este caso estamos hablando de evitar que en el pleito concurra en la misma persona la posición de demandante y representante de la demandada, existen similitudes con los conflictos de interés de la administración única en concursos conexos. En ambos casos se intenta preservar el correcto ejercicio de los deberes de un órgano, en peligro por la concurrencia de competencias en claro conflicto. Sobre este precepto puede consultarse URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y MUÑOZ PLANAS, J. M.^a, «La Junta General de Accionistas», en Uría; Menéndez y Olivencia (dirs.): *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Madrid [Civitas], 1992, tomo V, p. 357; PRESENCIA CRESPO, F., «Legitimación activa y pasiva para el ejercicio de la acción de impugnación. El proceso de impugnación de acuerdos sociales», en Presencia

Con la reforma de la Ley 38/2011, los concursos conexos son uno de los supuestos de nombramiento obligatorio de auxiliares delegados (hay que nombrar al menos uno, el resto de auxiliares delegados que se nombren son potestativos). Se ha apuntado tímidamente que este auxiliar obligatorio podría servir para paliar los conflictos de intereses inherentes a una administración concursal común⁴⁹⁶. Sin embargo, parece que se trata de una interpretación errónea, porque los auxiliares delegados son, precisamente, dependientes del administrador concursal principal. Es por ello que la obligatoriedad expresa de nombrar al menos un auxiliar delegado en el caso de concursos conexos con administración concursal unitaria no soluciona el problema de los conflictos de intereses.

3.3.3. Régimen

El estatuto jurídico del auxiliar independiente ha de ser, con ciertas salvedades, análogo al de los administradores concursales principales, dado que también realiza tareas originariamente encomendadas al órgano. Solo se permitirían desviaciones del régimen general en aquellos casos en los que las menores tareas del auxiliar independiente no le hicieran equiparable a un administrador concursal a los efectos de una norma concreta. Se ha dicho que el auxiliar independiente, pese a desarrollar tareas de la misma naturaleza que las de la administración concursal principal, comparado con esta no es un igual, sino algo menos⁴⁹⁷.

Por lo que respecta al momento en el que cabe nombrar un auxiliar independiente, puede ser tanto ab initio (en el momento en que se declara un concurso conexo) como sucesivamente (cuando se estime necesario para evitar conflictos de intereses). Ambas opciones tienen inconvenientes. Si se opta por nombrarlo en un momento inicial, se corre el riesgo de que el nombramiento se revele como innecesario en el transcurso del procedimiento, con la consiguiente falta de eficiencia. La pertinencia del nombramiento

Crespo (dir.): *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2007, pp. 42 y 43 y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, Pamplona [Aranzadi], 1994, pp. 218 y ss.

⁴⁹⁵ La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la posibilidad de nombrar un administrador judicial en determinados supuestos. LLADÓ LEÓN, J. M.^a, *El administrador judicial*, Barcelona [Marburí], 2001, p. 11. Este autor cita la STS de 11 de mayo de 1984, que afirma que «[l]a construcción jurídica del administrador judicial de la empresa es la de *mandatario y delegado del juez, independiente de las partes en cuyo beneficio, presente y futuro, actúa*».

⁴⁹⁶ LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 258, al hilo de los conflictos de intereses que pueden surgir en torno al ejercicio de acciones de reintegración, señala que «[e]n cuanto a las acciones rescisorias que se puedan plantear entre sociedades del grupo, la identidad del administrador concursal ofrece la ventaja de que puede facilitar su solución no contenciosa; también cabría la opción, quizá poco ortodoxa, de hacer uso en esos casos de la figura del auxiliar delegado que prevé el artículo 27.5 de la Ley reformada, con la habilitación de la necesaria independencia procesal. En todo caso, quedaría la vía de la iniciativa subsidiaria que el artículo 72.1 otorga a los acreedores, y la legitimación que tiene el deudor para defenderse de forma separada en el concurso de conformidad con el artículo 54 de la Ley, en caso de que estos no compartiesen el criterio de la administración concursal».

⁴⁹⁷ Así, «der Sonderverwalter gegenüber dem Insolvenzverwalter kein aliud, sondern ein minus darstellt». V. GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», cit., p. 181.

en el momento de declaración de concurso puede ser difícil de determinar para el juez, por lo que parecería más prudente aplazar el nombramiento a un momento posterior.

Ahora bien, puesto que el nombramiento de un auxiliar independiente guarda una cierta analogía con la separación del cargo (porque se detraen competencias al órgano nombrado inicialmente), si el nombramiento se produce durante el transcurso del procedimiento habrá de respetarse el principio de proporcionalidad: solo será procedente si existe el temor o la preocupación de que la administración concursal principal sea o pueda ser parcial en el desempeño de sus funciones. Piénsese que, si no concurren circunstancias que lo justifiquen, la administración concursal tiene derecho a mantener su puesto sin injerencias, i. e., sin que le sean sustraídas competencias. Obviamente, dado que el nombramiento de un auxiliar independiente es una medida más leve que el cese del órgano principal, el umbral para que se considere justificada la medida debe estar por debajo⁴⁹⁸.

La decisión acerca del nombramiento debe corresponder en exclusiva al juez del concurso⁴⁹⁹. Ahora bien, la solicitud e iniciativa pueden proceder de los diversos interesados en el procedimiento, que deberán motivar su petición⁵⁰⁰. Así, los acreedores están claramente legitimados para instar el nombramiento de un auxiliar independiente, ya que ostentan un clarísimo interés en el éxito del procedimiento. También cabe la solicitud del deudor, pues tiene un gran interés en que los acreedores obtengan la mayor satisfacción posible de la masa concursal (y evitar así las nefastas consecuencias, por ejemplo, de la responsabilidad por deudas concursales). La administración concursal principal también debe estar legitimada, en tanto que interesada en que se remedie el conflicto y no surjan problemas. Téngase en cuenta que los administradores concursales pueden renunciar al cargo por justa causa (art. 29.3 LC). Dado que solicitar el nombramiento de un auxiliar independiente es una medida de menor calado que la renuncia al cargo, no debería haber problemas para aceptar aquella. Sobre si cabe el nombramiento de oficio, la respuesta debe ser afirmativa por analogía con la posibilidad de separar de oficio a los administradores concursales (art. 37.1 LC).

Resulta aconsejable que se dé audiencia a los interesados, dado que el nombramiento de un auxiliar independiente tiene consecuencias para el procedimiento y, consiguientemente, para los interesados en él. Por eso, el juez debería dar audiencia a los interesados o abrir un trámite para alegaciones antes de tomar una decisión al respecto, siempre y cuando las circunstancias lo permitan⁵⁰¹. Si, por el retraso que implica este

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, p. 180. Estos autores insisten en que, en supuestos de concursos vinculados con una administración concursal unitaria, el nombramiento de un auxiliar independiente siempre estará justificado.

⁴⁹⁹ GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», cit., p. 1652; LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», cit., p. 1696; GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 994; GRAEBER, T., «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 266.

⁵⁰⁰ GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», cit., p. 994.

⁵⁰¹ *Ibíd.*, p. 996.

trámite, se esperan graves perjuicios, entonces el juez deberá tomar la decisión inmediatamente, aunque recuperando el trámite en cuanto sea posible.

Sobre la retribución del auxiliar independiente, esta debe estar estipulada conforme a arancel y ser contra la masa⁵⁰². No debe estar a cargo de la administración concursal principal, puesto que esto vulneraría su independencia. Si se le nombra para un incidente concreto, debería cobrar los honorarios de un abogado (conforme a los criterios oficiales). En cambio, si su nombramiento se dilata durante todo el procedimiento, debería cobrar en función del importe de la masa que esté llamado a representar.

3.4. La tutela resarcitoria

En principio, los actos realizados en situación de conflicto de intereses no son ineficaces, pero los administradores concursales pueden llegar a responder si se ha producido un daño a la masa o a un tercero incluido en el interés concursal (arts. 36.1 y 7 LC)⁵⁰³. El problema es que, en el caso de que los conflictos de intereses se hayan generado debido al nombramiento de un órgano común en varios concursos vinculados, el origen último de los conflictos está en la decisión del juez de nombrar un órgano único, por lo que no parece que les sea exigible responsabilidad a los miembros del órgano por este concepto.

IV. Relación entre los mecanismos de coordinación

Si bien lo óptimo es combinar la concentración de competencias judiciales y el nombramiento de una única administración concursal, parece que, en el caso de que hubiese que elegir entre ambas variantes (por ejemplo, porque una encuentre sustento normativo y la otra no), debería primar el nombramiento de una única administración concursal⁵⁰⁴. Ciertamente, la administración concursal mantiene una relación más cercana con el conjunto de deudores y puede intervenir, de forma más directa e inmediata mediante su actividad de gestión, que el juez del concurso. Desde el punto de vista de los acreedores, también es especialmente importante que los patrimonios estén eficientemente administrados, para así obtener la mayor cuota de satisfacción posible en el menor tiempo posible. Finalmente, la prioridad del nombramiento de una única administración concursal también deriva de que, en la práctica, esta realiza mucho trabajo preliminar para el juez, y por ello no debe perderse la ventaja que implica en la tramitación de los concursos conexos.

⁵⁰² Se trata de créditos contra la masa porque derivan del procedimiento concursal. V. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Zaragoza [Real Colegio de España], 1986, pp. 137 a 151. Ciertamente es que estos honorarios disminuyen la cuota de satisfacción de los acreedores, pero es de esperar que el beneficio que se obtiene con su nombramiento sea mayor.

⁵⁰³ TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 156.

⁵⁰⁴ EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 469. También señalan que, probablemente, las medidas más eficientes sean las que afectan a la administración concursal SÁNCHEZ-CALERO, J., y FUENTES, M., «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», cit., pp. 9 a 45.

Ahora bien, pueden surgir problemas en caso de nombrarse una única administración concursal, pero sin que se concentren las competencias judiciales. Se trata de un problema situado en la intersección de la coordinación a nivel judicial y de la coordinación a nivel de la administración concursal. La administración concursal está sometida, en el desarrollo de sus funciones, a la vigilancia y supervisión del juez del concurso. Un defecto de la concentración de los procedimientos en manos de una única administración concursal es que puede dar lugar a problemas de competencia en cuanto a la supervisión del órgano. Cuando la misma administración concursal es nombrada por jueces distintos, a cada juez le compete la correspondiente tarea de vigilancia. A simple vista, ello podría dar lugar a dificultades de coordinación o armonización e, incluso, a que la administración concursal recibiese instrucciones contradictorias por parte de los diversos jueces⁵⁰⁵. Este problema, es, sin embargo, más aparente que real. En efecto, el deber de supervisión de cada juez sobre la administración concursal se limita a la administración de un determinado patrimonio. Por eso, no es posible que se den instrucciones contradictorias por parte de dos jueces sobre un mismo patrimonio y una misma administración. Aunque la administración concursal sea unitaria, su actividad estará compartimentada en tantos patrimonios como deudores haya, por lo que, en principio, no deberían existir dificultades de coordinación sobre un mismo patrimonio, aunque los jueces que supervisan la administración de unos y otros sean distintos.

Otro problema es que el nombramiento de una administración concursal unitaria puede no ser posible si no se concentran las competencias judiciales y si todos los deudores no se encuentran en la misma demarcación judicial⁵⁰⁶.

En el Ordenamiento español, parece que no cabe el nombramiento formal de una administración concursal unitaria si no se han concentrado previamente las competencias judiciales. Prueba de ello es que se establece que dicho nombramiento deberá realizarlo «el juez competente para la tramitación de estos» (art. 27.5 LC). Sin embargo, no puede por ello cerrarse la puerta a vías de coordinación informales (que el nombramiento recaiga sobre la misma persona).

⁵⁰⁵ GRAEBER, T., «Der Konzerninsolvenzverwalter - Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», cit., p. 267.

⁵⁰⁶ Apunta este problema EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 498. En España puede ser un problema que los candidatos a formar parte del órgano común no estén inscritos en las listas correspondientes a cada demarcación judicial. Téngase en cuenta, además, que la Ley Concursal exige a los miembros técnicos del órgano que señalen un despacho u oficina para el ejercicio de su cargo *en alguna localidad del ámbito de competencia territorial del juzgado* (art. 31 LC). Si los juzgados son distintos porque no se han concentrado competencias, los miembros de un órgano común pueden tener dificultades para cumplir con este deber, cuyo sentido es más relevante de lo que comúnmente se cree. Así, no solo pretende favorecer las condiciones para una presencia continuada de la administración concursal técnica en un ámbito geográfico suficientemente cercano al juzgado como para permitir el permanente contacto interorgánico entre juez y administración concursal. También está pensado para agilizar el procedimiento y evitar, así, la pérdida de tiempo en las comunicaciones. Y, sobre todo, pretende conseguir la proximidad física entre el supervisor (el juez) y el sujeto vigilado (el administrador). V. TIRADO, I., «Art. 31. Especialidades de la aceptación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 641.

CAPÍTULO VII. ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS DE LA COORDINACIÓN PROCEDIMENTAL

La coordinación de procedimientos conexos puede trascender los aspectos personales e institucionales (la concentración de las competencias judiciales y el nombramiento de una administración concursal común) y reflejarse en el propio *iter* procedimental, tanto en la fase común de los concursos como en las fases solutorias de los mismos. Algunos de estos mecanismos de coordinación superan la mera procesalidad y tienen verdaderos efectos sustantivos (v., por ejemplo, la elaboración de convenios con contenidos coordinados). En otros casos, la virtualidad de la coordinación se ciñe a aspectos meramente procesales pero no por ello desdeñables⁵⁰⁷. Dejando a un lado, para su tratamiento posterior, las cuestiones relativas a la coordinación en la fase de convenio (v., infra, capítulo VIII), en la fase de liquidación (v., infra, capítulo IX) y en la fase de calificación (v., infra, capítulo X), se aborda en esta sección la coordinación de otros aspectos.

I. La publicidad

Tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009 (y mantenida por la Ley 38/2011), es gratuita la publicación del extracto de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado (art. 23.1 LC). Sin embargo, se prevé la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, acuerde una publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión de los actos del concurso (art. 23.2 LC). Por ejemplo, la inserción de anuncios adicionales en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia o en otras publicaciones de difusión nacional o provincial (art. 164-II LEC) e, incluso, la publicación del contenido esencial del auto de declaración en cualquier Estado extranjero donde convenga a los intereses del concurso (art. 215 LC)⁵⁰⁸. Frente a lo que ocurre con la publicación del extracto de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado, esta publicidad adicional no resulta gratuita. Por ello, pueden lograrse ahorros en los costes correspondientes si esta se practica de forma conjunta para los distintos deudores conexos.

II. Los actos de conservación y administración de las masas activas

La Ley Concursal establece el deber de conservación de las masas activas del modo más conveniente para los intereses del concurso. Conservar el valor tiene sentido en cuanto que este está destinado a satisfacer a los acreedores. Entre los actos de conservación que deben realizarse se encuentran tanto actos de administración como actos de disposición.

⁵⁰⁷ No en vano se afirma que la acumulación es una suerte de «criatura de conveniencia procesal», ya que pretende evitar la duplicación de esfuerzos que resultaría del tratamiento separado e independiente de los concursos de varios deudores vinculados entre sí. V. GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», *Vand. L. Rev.*, núm. 43 (1990), p. 212.

⁵⁰⁸ V. SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Art. 23. Publicidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 508.

Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los que tienen la finalidad de conservar los bienes físicamente (actos de custodia, de reparación, etc.) y los dirigidos a la explotación ordinaria de los mismos⁵⁰⁹. Cuando nos encontramos ante deudores vinculados entre sí, será habitual que sus actividades empresariales o profesionales estén también vinculadas de algún modo, de forma que los actos conservativos a realizar puedan resultar más económicos si se realizan en todos los concursos (por las ventajas de las economías de escala). Por ejemplo, si varias sociedades necesitan determinadas reparaciones o un determinado producto para conservar el valor de sus activos, comprando o contratando conjuntamente el producto o servicio se pueden obtener descuentos o *rappels*. También son imaginables economías de escala, por ejemplo, en el cobro de los créditos que se encuentren en las diferentes masas activas (por ejemplo, contratando una agencia de cobro común)⁵¹⁰.

III. La continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial

La Ley prevé la posibilidad de que el juez (a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores) acuerde el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor. También se prevé que pueda acordarse el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial que viniese ejerciendo el deudor (art. 44.4 LC). El acuerdo de suspensión y el de cese de la actividad son medidas excepcionales que solo procede imponer cuando conduzcan a una mayor satisfacción de los acreedores (que la que se lograría si la actividad continuase)⁵¹¹.

Naturalmente, la vinculación que existe entre los deudores conexos no excluye que este tipo de decisiones deban ser tomadas individual y separadamente en cada concurso. Sin

⁵⁰⁹ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 43. Conservación y administración de la masa activa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 889 a 902.

⁵¹⁰ Aun reconociendo que no es sencillo encuadrar los actos asociados al funcionamiento de los órganos societarios entre los actos de conservación o administración del patrimonio, no puede obviarse aquí que también son imaginables importantes ahorros al respecto cuando todos los deudores conexos sean sociedades. Recuérdese que la declaración de concurso no obsta a que los órganos societarios continúen funcionando (art. 48.1 LC). Ahora bien, la continuación del funcionamiento conlleva una serie de gastos (por ejemplo, en el caso de la convocatoria de la junta general, los gastos de publicidad, los gastos asociados al lugar de celebración, los costes del notario, etc.), lo cual ha conducido a la acertada consideración de que pago de los gastos ocasionados por dicho funcionamiento puede considerarse como un acto de naturaleza societaria con consecuencias para la masa activa, esto es, que pese a situarse en un plano estrictamente institucional, societario o corporativo (i. e., no patrimonial), tiene consecuencias para la masa activa. V., al respecto, el exhaustivo análisis de MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La junta general de la sociedad concursada*, cit., pp. 79 y ss. Estos gastos pueden reducirse significativamente si la decisión sobre los mismos se adopta de forma coordinada en los distintos concursos (por ejemplo, acordando que las distintas juntas se celebrarán el mismo día en un determinado lugar, dando a las convocatorias una publicidad común, etc.).

⁵¹¹ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 919 y ss.

embargo, por la propia naturaleza de estas medidas, conviene que la decisión sobre las mismas se tome de forma coordinada. Téngase en cuenta que, a menudo, el acuerdo de cierre obedecerá a la necesidad de lograr una organización más eficiente de los recursos o un mejor aprovechamiento de los elementos que los integran. Y, en la organización y aprovechamiento de los recursos, los vínculos que los deudores mantengan entre sí pueden ser especialmente importantes. Por ejemplo, el cese de la actividad de uno de los miembros del grupo puede implicar, de facto, el cese de la actividad de otro de ellos, del cual el primero era el principal cliente. De haberse nombrado una administración concursal común, la decisión relativa a dicho cese generará un conflicto de intereses en el seno de la misma, ya que, con el cese de la actividad en el concurso de A, se beneficia a los acreedores de A, pero a la vez los de B resultan perjudicados.

IV. La coordinación en el reconocimiento y la clasificación de los créditos

Dado que, en el caso de la mera acumulación de concursos, las masas pasivas de los deudores se mantienen separadas, el reconocimiento y la clasificación de los créditos que las integran deberán realizarse de forma autónoma e independiente.

Sin embargo, será especialmente frecuente el fenómeno de los concursos simultáneos de deudores solidarios, susceptibles de dar lugar a la denominada «comunicación múltiple» (art. 85.5 LC)⁵¹². En esos casos, es posible que el acreedor comunique la existencia del crédito en cada concurso (para evitar dejar al azar la elección del patrimonio contra el que habrá de satisfacerse el crédito en cuestión)⁵¹³, lo cual puede dar lugar a problemas si los concursos se tramitan ante juzgados distintos y con administraciones concursales también distintas⁵¹⁴.

⁵¹² Esta norma se aplica a aquellos supuestos en los que varios deudores responden frente al mismo acreedor en el mismo plano (solidaridad pasiva, propia o impropia, legal o convencional). Sin embargo, no resulta de aplicación a los fenómenos de responsabilidad escalonada, como el de los socios personalmente responsables de las deudas sociales (otro de los supuestos de conexión entre concursos). V. BERMEJO, N., «Art. 85. Comunicación de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1532 y 1533.

⁵¹³ El crédito se insinúa por el importe total en cada uno de los concursos y permanece inalterado hasta el final de los procedimientos: los pagos parciales que puedan recibirse no afectan al importe del crédito reconocido, sino que solo se tendrán en cuenta para limitar el importe total que pueda obtenerse (art. 161.1 LC).

⁵¹⁴ Un ejemplo reciente se dio en el seno de Nueva Rumasa, involucrando a tres sociedades pertenecientes a la misma, a raíz de un préstamo garantizado mediante aval solidario e indistinto. En ese caso, el deudor principal del préstamo, Inversiones Ruiz Mateos, S. A., estaba en concurso ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Madrid. Dicho préstamo había sido garantizado mediante aval solidario e indistinto por otras dos sociedades del mismo grupo: Grupo Dhul, S. L., y Clesa, S. L., ambas en concurso ante, respectivamente, los Juzgados de lo Mercantil de Granada y n.º 6 de Madrid. El prestamista acreedor había insinuado el crédito en los tres concursos, planteándose así el problema de la clasificación del mismo en cada caso. V., al respecto, la SJM 6 Madrid 18.2.2013, que aborda la cuestión (v., reseña en *ADC* núm. 30 (2013)).

En el caso de los concursos de la sociedad y de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas sociales, además, se da la especialidad de que varios sujetos (sociedad y socios) son deudores a la vez de ciertos créditos (téngase en cuenta que se producirán alteraciones en función de que el socio deba responder solidaria o subsidiariamente, etc.), pero no de todos.

Existen así dos grupos de acreedores. Por un lado, los acreedores que puedan dirigirse tanto contra la sociedad como contra el socio y, por otro, los acreedores que lo sean solo del socio. Como puede imaginarse, la necesidad de coordinación proviene del primer grupo. Salvando las diferencias, podría traerse a colación el régimen italiano en el caso de extensión del *fallimento* al socio de la sociedad de cuyas deudas responde ilimitada y personalmente (art. 148 *l.fall.*). Este régimen se compone de tres reglas. En primer lugar, los acreedores de la sociedad participan en el concurso de la sociedad y en el concurso del socio, mientras que los acreedores particulares del socio solo participan en el concurso de este.

La segunda regla es que los créditos insinuados o comunicados por los acreedores de la sociedad en el concurso de esta «se entienden insinuados o comunicados íntegramente» también en el concurso del socio (otra cosa será la consideración de tales créditos como contingentes en función de que el socio responda o no subsidiariamente respecto de la sociedad). Al respecto, téngase en cuenta que, si bien no se discute que los acreedores de la sociedad tienen derecho a insinuar íntegramente los créditos que tengan contra esta en el concurso del socio, se plantea la duda de si la comunicación del crédito en el concurso de la sociedad debería valer también como comunicación en el concurso del socio, esto es, que la primera tenga como consecuencia automática la segunda. No parece una opción descartable, en la medida en que viene a ser una simplificación procedimental. Ahora bien, lo dicho solo se refiere a la comunicación del crédito, no a su reconocimiento. En otras palabras, el reconocimiento de un crédito en el concurso de la sociedad no implica automáticamente un idéntico reconocimiento en el concurso del socio (eso deberá decidirlo la administración concursal)⁵¹⁵. Por lo que respecta a la clasificación de los créditos, surge la duda de si debe mantenerse, en el concurso del socio, la calificación que tuviese el crédito en el concurso de la sociedad. En concreto, la duda se plantea respecto a los privilegios generales y a la prededucibilidad. En Italia se ha dado respuesta afirmativa en el primer caso, aunque la cuestión permanece oscura en el segundo⁵¹⁶. Respecto a los privilegios especiales, el problema no existe, dado que el privilegio dependerá de quién sea el propietario del bien sobre el cual recaiga la garantía. Por ejemplo, un crédito garantizado mediante una hipoteca que recaiga sobre un inmueble propiedad de la sociedad, deberá ser reconocido como crédito ordinario en el concurso del socio.

⁵¹⁵ V. NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursali*, cit., p. 331. También en NIGRO, A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, cit., pp. 110 y ss.

⁵¹⁶ V. NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursali*, cit., p. 331.

Conforme a la tercera y última regla, cada acreedor puede impugnar la lista de acreedores de los concursos en los que esté. En relación con esto último, debe abordarse el problema de la interferencia entre las impugnaciones de los diversos créditos en cada uno de los concursos. En efecto, la exclusión de un crédito de la lista de acreedores de la sociedad a resultas de una impugnación no implica su exclusión de la masa pasiva del concurso del socio. Por otro lado, la exclusión de un crédito contra la sociedad de la masa pasiva del socio puede o no determinar su exclusión de la masa pasiva de la sociedad (y, consiguientemente, del pasivo del resto de socios), dependiendo de si la impugnación se basó en la inexistencia del crédito frente a la sociedad o en la inexistencia del crédito frente al socio⁵¹⁷.

Obviamente, en cada inventario deberán incluirse los créditos que cada deudor conexo tenga frente y contra los demás⁵¹⁸, porque no se consolidan las masas por la mera acumulación. Otra cuestión será la calificación que merezcan esos créditos. Muchos créditos entre los deudores conexos serán subordinados. Sin embargo, ello no es un efecto de la conexión entre concursos sino de la —habitual— consideración de los deudores conexos como personas especialmente relacionadas (art. 93 LC)⁵¹⁹.

V. La coordinación de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores

Debido a los peculiares vínculos que pueden mediar entre los deudores conexos, es posible que algunas impugnaciones, ya sean del inventario o de la lista de acreedores, afecten a varios concursos. Así, puede suceder que un tercero impugne los inventarios de los concursos de dos cónyuges porque en estos no consta el verdadero avalúo de un inmueble perteneciente a ambos pro indiviso. O bien, un acreedor común de varios deudores conexos puede tener interés en impugnar la cuantía o la clasificación de créditos reconocidos en varios de los concursos.

En estos casos, no parece existir obstáculo conceptual impeditivo para que se acumulen las impugnaciones que afecten al inventario o a la lista de acreedores de varios concursos

⁵¹⁷ *Ibíd.*, p. 331.

⁵¹⁸ SJM 1 Vitoria 9.6.2008.

⁵¹⁹ Un reciente análisis en términos de Derecho comparado en cuanto a la subordinación de créditos por la especial relación del acreedor con el deudor concursado puede encontrarse en VATTERMOLI, D., *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milán [Giuffrè], 2012, pp. 193 a 198. En p. 193 se explican, precisamente, las razones que justifican la subordinación, y que están relacionadas con la supuesta posesión, por parte de las personas especialmente relacionadas, de información privilegiada en cuanto a las condiciones económico-financieras del deudor, en virtud de los particulares vínculos (familiares, de afinidad, afectivos, orgánicos, societarios, etc.) mantenidos con este. Estos vínculos serán, a menudo, los que determinen la conexión entre concursos, pero no pueden sin más equipararse. En el caso del concurso de la persona física, la subordinación automática de las personas especialmente relacionadas (como ascendientes, cónyuge, etc.) ha sido duramente criticada por CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, *pássim*.

conexos (art. 96.5 LC)⁵²⁰. Evidentemente, esta acumulación solo procederá cuando sea el mismo órgano jurisdiccional el que conozca de los concursos, esto es, es necesario que los mismos se hayan acumulado previamente.

VI. La coordinación en el ejercicio de acciones rescisorias

Podría pensarse, en relación con las acciones rescisorias concursales, que, al mantenerse separadas las masas de los distintos deudores, no existen particularidades en el caso de los concursos conexos. Sin embargo, esto no es así. Básicamente, porque la mayoría de los deudores conexos son también personas especialmente relacionadas (art. 93 LC) y, por ello, concurrirá a menudo la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial en los actos a título oneroso realizados entre los mismos (art. 71.3-1.º LC).

Además, son imaginables diversas situaciones conflictivas en caso de conexión entre concursos. Por ejemplo, puede ocurrir que varios deudores conexos estén involucrados en el acto cuya rescisión se pretende (por ejemplo, la concesión de una línea de crédito a favor de varias sociedades del mismo grupo), pero que el perjuicio patrimonial solo pueda predicarse respecto a uno de ellos (por ejemplo, en el caso de que dicho crédito se hubiese garantizado mediante una hipoteca constituida sobre el único inmueble de una de las sociedades, sin haber prestado el resto garantía alguna). Puede ser que dicho acto se haya realizado exclusivamente entre deudores conexos o bien con intervención de un tercero (una entidad de crédito, por ejemplo).

También es posible que, en el acto cuya rescisión se pretende, no haya intervenido el deudor, sino uno de los deudores a él conexos. Así, puede suceder que, en el concurso de A se quiera rescindir (por ser perjudicial para A) un acto de B (que es un deudor conexo). Del tenor literal de la Ley Concursal parece desprenderse que solo pueden rescindirse los actos «realizados por el deudor» (art. 71.1 LC), por lo que no cabría ampliar el ámbito objetivo de la acción rescisoria a actos realizados por terceros, incluso en el caso de que se trate de deudores conexos⁵²¹.

⁵²⁰ V. ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 51: «[N]o se aprecia obstáculo conceptual impeditivo de que, en aplicación del reformado artículo 96.5 LC, puedan acumularse impugnaciones que afecten al inventario y/o a la lista de acreedores de varios concursos acumulados. Imaginamos que un acreedor impugna la cuantía o calificación de su crédito reconocido en varios concursos. La economía procesal y el propio sentido común aconsejarán en tal caso la resolución de las idénticas impugnaciones en un único incidente».

⁵²¹ En principio, no es posible impugnar por la vía de la acción rescisoria concursal actos realizados por terceros. V., en este sentido, la SAP Madrid [28.ª] 16.7.2010, que declaró improcedente el ejercicio de la acción rescisoria concursal sobre pagos realizados a través de una cuenta corriente bancaria que conllevaba la prestación de servicio de caja, en el que el banco efectuaba pagos y recibía cobros, actuando como mero intermediario (mandatario o comisionista) por cuenta del cliente, posteriormente concursado. En este caso, no concurría el requisito de que la acción tuviese por objeto actos realizados por el propio deudor (art. 71.1 LC), ya que en este caso se estarían tratando de impugnar actuaciones de un tercero, como lo es el banco. A pesar de que la actuación de este habría sido por cuenta del deudor y que el trasfondo de la operación lo constituye el sistema aplicado para la gestión de cobros de la concursada, supondría forzar en exceso el ámbito específico de la acción rescisoria concursal el reconducir a ella actos que, *stricto sensu*, no provinieran del concursado y que podrían, en su caso, ser objeto de ataque por otras vías legales. Por su

Otra duda es si debe rescindirse un acto que beneficia a alguno de los deudores conexos, pero resulta perjudicial para otro. Para dar respuesta a tan espinosa cuestión, debemos partir del hecho de que el perjuicio debe medirse respecto de cada concurso. Esto es así porque la Ley Concursal se refiere a los actos perjudiciales «para la masa activa» o bien al perjuicio «patrimonial», y como en sede de coordinación los patrimonios se mantienen distintos, el perjuicio —ya sea en sentido estricto o en sentido amplio—⁵²² deberá medirse respecto de cada patrimonio. De esta forma, no parece que pueda ampliarse el concepto de perjuicio para dar cabida a la rescisión de un acto de A que causó perjuicio en la masa de B, ni tampoco que pueda impedirse la rescisión de un acto «levemente» perjudicial para A sobre la base de que resulta «enormemente» beneficioso para B.

Lo que sucede en todos estos casos es que los intereses de los diversos concursos conexos divergen y, por ello, difícilmente puede alcanzarse una solución que beneficie por igual a todos ellos. Esta divergencia se trasladará, en última instancia, a la administración concursal, principal legitimada para el ejercicio de estas acciones (si el órgano es común, se producirá un conflicto de intereses en su seno) o al órgano jurisdiccional que deba resolver sobre las mismas (si no se han concentrado las competencias judiciales, puede suceder que la decisión que se adopte en uno de los concursos sea perjudicial para los intereses de los demás procedimientos). En el caso de los grupos, la cuestión es aún más complicada, ya que debe tenerse en cuenta el «interés del grupo» como concepto modulador de la existencia de perjuicio patrimonial para las concretas sociedades que lo forman, al ser crucial para determinar la gratuidad u onerosidad de un determinado acto⁵²³.

También es factible articular la unidad de los trámites para el ejercicio de acciones de rescisión de contratos celebrados con terceros por todos los concursados. Si los concursos se tramitasen por separado, la administración concursal de cada uno de ellos debería instar

parte, la SJM 9 Madrid 18.11.2010 afirmó que la Ley Concursal únicamente prevé la acción rescisoria concursal frente a los actos o negocios jurídicos realizados por el deudor. Sin embargo, estimó rescindible una compensación realizada por persona distinta (una sociedad del mismo grupo) porque el juego de la compensación exige una declaración de voluntad de los interesados, judicial o extrajudicial, expresa o tácita. Lo que se rescindiría entonces es la aceptación de la compensación por parte de la concursada.

⁵²² En cuanto al perjuicio es polémico si debe entenderse en sentido estricto, es decir, el detrimento o disminución del valor de los bienes de la masa, o en sentido amplio, de forma que abarque la conculcación de la par condicio creditorum. La mayoría de los tribunales se decantan por la interpretación amplia del perjuicio. V., por ejemplo, SSAP Barcelona [15.ª] 11.6.2007, 22.5.2008, 8.1.2009, 27.1.2011 y SAP Pontevedra [1.ª] 30.6.2011.

⁵²³ En efecto, en las relaciones intragrupo a la hora de determinar la gratuidad u onerosidad de un acto deben tenerse en cuenta los intereses del grupo en su conjunto (STS 16.9.1988 y SAP Barcelona [15.ª] 26.9.2007. Así, no constituye un acto gratuito aquel por el cual se empobrece la matriz en concurso y se enriquece indirectamente una filial (SJM 1 Oviedo 25.7.2011 y SJM 2 Barcelona 1.2.2012). La SJM 2 Madrid 21.12.2011 afirma que un acto puede no considerarse gratuito desde el horizonte del grupo al que pertenece el deudor ya que la política financiera y crediticia de este se encontraba supeditada a los intereses del grupo. En el caso concreto de las garantías reales intragrupos la afirmación de que no pueden considerarse gratuitos los actos de garantía que hace una sociedad en relación con otra, cuando ambas son integrantes del mismo complejo económico y actúan como una unidad, no puede asumirse sin más, sino que habrá que estar a las circunstancias del caso (STS 13.12.2010 y SAP Barcelona 4.7.2011).

un proceso para el ejercicio de la acción de rescisión del acto o negocio jurídico realizado en perjuicio de la masa activa. Sería difícil y muy discutible que, aun cuando así lo aconsejara la conexión entre los objetos procesales, pudiera crearse un litisconsorcio activo, de modo que todas las administraciones concursales actuaran a través de un único proceso frente a los diversos demandados. Por otra parte, la diversidad subjetiva impediría la aplicación del efecto de cosa juzgada material de la sentencia de rescisión que se obtuviera en un concurso respecto de los restantes procesos concursales seguidos contra deudores que hubieran intervenido en el acto rescindido. Tampoco hay que ignorar el riesgo de pronunciamientos contradictorios en cada concurso en relación con la rescisión de un mismo acto jurídico. La acumulación de los concursos permite sortear los problemas que se acaban de mencionar. Las ventajas son patentes: menos costas, menos gastos de administración concursal, menor riesgo de decisiones contradictorias, etc⁵²⁴.

Otra cuestión que se ha suscitado es la relativa al cómputo del plazo de dos años en caso de acumulación de concursos. La polémica se centra en determinar si dicho plazo se computa desde la declaración del primer concurso o desde la posterior declaración del concurso conexo que fue acumulado al primero. Aisladamente, se ha defendido que, ante el silencio de la Ley Concursal, y dada la conexión que justifica la acumulación, el inicio del plazo viene determinado por la fecha de la declaración del primer concurso. Así, no resultaría justificable aislar un concurso acumulado y computar la acción de reintegración a partir de la fecha de declaración de su concurso, ya que existe una conexión entre los concursos (pertenencia a un grupo de sociedad, a un ente sin personalidad jurídica, a un matrimonio) que determina que las operaciones realizadas entre las personas físicas o jurídicas concursadas aparezcan conectadas y afectadas. Es más, podría suceder que, si se estimara la interpretación de la consideración aislada de los concursos a efectos del cómputo del plazo de dos años, una misma operación que afectase a diversos concursos podría ser objeto de la acción de reintegración en unos concursos y no en otros, pese a que todos estos concursos estuviesen acumulados⁵²⁵. En cualquier caso, estas dificultades se evitan fácilmente si se adelanta la fecha de acumulación de los concursos a la fecha de declaración de los mismos, esto es, cuando se opta por la acumulación ab initio (art. 25 LC).

VII. La coordinación en materia de contratos

Será habitual que, entre los deudores conexos, medien contratos con obligaciones recíprocas (i. e., relaciones obligatorias sinalagmáticas, típicamente, contratos de compraventa, arrendamiento de cosas o de servicios, contratos de suministro, etc.). Por regla general, la vigencia de estos contratos no se ve afectada por la declaración de

⁵²⁴ V. GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., p. 182.

⁵²⁵ V., sobre este particular, la SJM 1 Córdoba 21.11.2011.

concurso (art. 61.2 LC). Sin embargo, cabe la resolución de los mismos en caso de que convenga al interés del concurso⁵²⁶.

De igual forma, la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas cuando medie incumplimiento posterior por cualquiera de las partes (art. 62.1 LC). Ahora bien, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo de nuevo al interés del concurso, puede acordar el cumplimiento del contrato (y las prestaciones debidas serán a cargo de la masa, art. 62.3 LC)⁵²⁷.

El problema típico que puede darse en caso de concursos conexos es que varios deudores conexos sean partes enfrentadas en un incidente concursal que tenga por objeto la resolución o el mantenimiento de un contrato, y que esta resolución o este mantenimiento impliquen, a la vez, un beneficio para el interés de uno de los concursos y un perjuicio para el interés de otro. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de suministro que resulte inútil para uno de los concursos (por haber cesado la actividad) pero que beneficie a otro concursado (por la contraprestación obtenida). O bien, que para uno de los deudores sea factible celebrar otro contrato semejante tras la declaración de concurso, pero en mejores condiciones que las ofrecidas por el deudor conexo⁵²⁸.

En casos como el anterior, se producen varios problemas. En primer lugar, surgen conflictos de intereses en el seno de la administración concursal (v., supra, capítulo VI, apartado III). Eventualmente, y en segundo lugar, esos conflictos pueden verse desplazados al órgano jurisdiccional, en el momento en que se vea forzado a decidir entre hacer primar el interés de uno de los concursos o el de otro. Además, puede implicar serias dificultades debido a la confusión de las posiciones procesales⁵²⁹.

⁵²⁶ Al respecto, v., extensamente, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pp. 1147 y ss.

⁵²⁷ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 62. Resolución por incumplimiento», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1167 y ss.

⁵²⁸ En palabras de la profesora MARTÍNEZ FLÓREZ, «si es posible celebrar otro negocio para obtener el mismo bien o servicio en condiciones más favorables, debe solicitarse la resolución en interés del concurso del contrato pendiente de ejecución». V., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., p. 1148.

⁵²⁹ Efectivamente, en caso de resolución del contrato en interés del concurso, la legitimación activa corresponde exclusivamente a la administración concursal en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado (art. 61.2 segundo inciso LC). En el caso de que en el concurso conexo de la contraparte también se haya decretado la suspensión, la legitimación pasiva correspondería a la misma administración concursal (siempre, claro está, que se haya nombrado un órgano común en ambos procedimientos).

CAPÍTULO VIII. EL CONVENIO EN LOS CONCURSOS CONEXOS

I. Coordinación en la fase de convenio, continuación de la actividad y satisfacción de los acreedores

Por regla general, el convenio concursal es un convenio de continuación, es decir, contempla la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que hasta el momento hubiera desarrollado el concursado (*convenios de continuación en sentido estricto*), o la reanudación del ejercicio de la actividad que hubiera desarrollado este hasta el momento en que el juez decretara el cese o la suspensión de esa actividad (*convenios de reanudación o de reiniciación*)⁵³⁰. Dentro de esta categoría general, los convenios pueden subclasificarse entre los de continuación total y los de continuación parcial (en unos casos, el ejercicio de la actividad continúa íntegramente, mientras que en otros casos solo continúa una parte de la misma). También puede distinguirse entre los convenios de continuación por el concursado y los convenios de continuación por tercero (el asuntor). Por último, es igualmente posible que la continuación sea mixta, en parte por el concursado y en parte por el asuntor. Por otra parte, puede suceder que, en los convenios de continuación, los recursos que genere esa actividad se destinen al cumplimiento del convenio, o bien que ese cumplimiento no tenga que realizarse con dichos recursos. Lo anterior da cuenta del amplio abanico de posibilidades que existen en torno al convenio concursal cuando nos hallamos ante un deudor aislado. En el caso de deudores conexos, las posibilidades —y beneficios— de interrelación crecen exponencialmente.

Aunque la continuación de la actividad y la reorganización o salvamento de la empresa del deudor no constituye la finalidad esencial del concurso de acreedores, sí que puede contribuir a esta, en la medida en que permita una mayor satisfacción de los acreedores⁵³¹. Además, puede entenderse que se trata de una función secundaria al servicio de la principal⁵³².

Aunque no exclusivamente, lo expuesto en esta sección resulta primordialmente aplicable a los grupos, especialmente a aquellos que están muy integrados funcionalmente, de forma que solo una reorganización enfocada en la unidad económica del grupo como empresa pueda reflejar su capacidad de producir beneficios y de continuar su actividad con éxito. Así, cuando la reorganización de un deudor conexo está en juego, la

⁵³⁰ V. ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1869.

⁵³¹ V. LIBONATI, B., *Il gruppo insolvente*, cit., pp. 216 y ss., sobre la reorganización en los grupos insolventes.

⁵³² Sobre el particular, v., extensamente, TIRADO, I., «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», cit., especialmente pp. 1086 y ss.

modulación del principio de separación (basado en estrictas relaciones bilaterales)⁵³³ resulta esencial. En efecto, la adherencia incondicional al principio de separación puede amenazar la consecución del resultado más óptimo, tanto de cara a la continuación de la actividad profesional o empresarial de los deudores como —y esto es lo verdaderamente importante— a la satisfacción de los acreedores. En el caso de los grupos, la confección, aprobación y posterior cumplimiento de un convenio radicalmente autónomo e independiente para cada miembro ni refleja ni se ajusta a la situación económica del grupo en su conjunto, y puede entorpecer o incluso impedir la reestructuración del mismo⁵³⁴, con el evidente impacto que ello puede tener en la satisfacción de los acreedores de las sociedades que lo integran.

Por un lado, la coordinación en la fase de convenio puede ser especialmente beneficiosa porque presupone un profundo conocimiento de las circunstancias que llevaron al grupo a una situación de crisis (las causas que motivaron las pérdidas, la constitución de las obligaciones y la trayectoria histórica que llevaron a sus miembros a la insolvencia o al sobreendeudamiento, etc.)⁵³⁵. La detección y el remedio de los fallos en la dirección, gestión, planificación, producción y estructura de costes son imprescindibles para reestructurar la empresa haciéndola viable e intentando en la medida de lo posible no perder el posicionamiento de la empresa en el mercado. Por otro lado, también es relevante esta coordinación de cara a la evaluación, por parte de los acreedores, de la viabilidad de la continuación de las actividades de sus deudores, ya que podrán evaluar dicha viabilidad futura en el contexto del grupo en su conjunto. Así, por ejemplo, el futuro de una sociedad dedicada a la distribución dependerá obviamente del futuro de las sociedades que producen el bien distribuido⁵³⁶.

La tramitación de procedimientos separados puede desembocar en la ruptura de los lazos empresariales existentes entre los miembros del grupo y hacer inviable (o, al menos,

⁵³³ El principio de separación ofrece la valiosa claridad de designar al deudor y a sus acreedores en una relación estrictamente bilateral (entre deudor y acreedor). El problema es que esta perspectiva tiene poca o nula utilidad cuando en el procedimiento de insolvencia se está barajando la reorganización del deudor, porque la satisfacción del acreedor viene a ser un reflejo de esta (en la medida en que tenga éxito). V. PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 826.

⁵³⁴ Se ha dicho que lo que tiene que reorganizarse es la empresa, y no tanto sus «portadores», esto es, no las diferentes sociedades que la integran. RATTUNDE, R., «Sanierung von Großunternehmen durch Insolvenzpläne - Der Fall Herlitz», *ZIP*, núm. 13 (2003), p. 596.

⁵³⁵ Al respecto, es famoso el ejemplo que pone MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 543: «Wenn ich bisher keinen Pionierhergeiz entwickelt habe, so zum einen, weil ich es unbefriedigend finde, —erlauben Sie mir den Vergleich mit einem Tierarzt— an den Vorderbeinen eines Pferdes herumzukurieren, die deshalb lahmen, weil sie durch eine Krankheit der Hinterbeine überlastet sind, deren Behandlung der Besitzer des Pferdes wegen zu höher Kosten verweigert». V., también, BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischen Insolvenzrecht*, cit., p. 288.

⁵³⁶ V. FRITZE, M., «Sanierung von Groß- und Konzernunternehmen durch Insolvenzpläne», *DZWIR*, núm. 17 (2007), p. 89 y BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischen Insolvenzrecht*, cit., p. 289.

improbable) un convenio de continuidad⁵³⁷. En última instancia, y desde la perspectiva de la organización de empresas, puede ocurrir que la continuación de la actividad de un fragmento del grupo aislado no sea ni siquiera posible. En otras palabras, puede suceder que la supervivencia de uno de los miembros del grupo únicamente sea viable y tenga sentido si el resto del grupo también sobrevive. Esto deberá analizarse, naturalmente, atendiendo al trasfondo económico y organizativo de cada grupo concreto y será más habitual en aquellos grupos que hayan fragmentado, vertical u horizontalmente, la creación de valor⁵³⁸. Por esto, no solo ha de tratarse de aprovechar y mantener las sinergias positivas que puedan existir entre los deudores⁵³⁹, sino también de aprovechar cuando sea posible la complementariedad económica entre las actividades de estos⁵⁴⁰.

Un supuesto sencillo sería el de un grupo dedicado a la producción y comercialización de productos lácteos. Está integrado por las siguientes sociedades: A (dedicada a la ganadería bovina), B (dedicada al procesamiento y envasado de productos lácteos) y C (dedicada a la distribución y comercialización de tales productos). En este ejemplo, la creación de valor está integrada por varias actividades, cada una desempeñada por un miembro del grupo. Es posible que la localización de sus respectivas instalaciones, la capacidad y el funcionamiento de unas y otras sean coincidentes (es decir, que a nivel económico-organizativo conformen una única empresa). En el hipotético caso de que las tres sociedades, debido a una inesperada crisis en el sector, se viesan abocadas a sendos procedimientos de insolvencia, la decisión acerca de liquidarlas o alcanzar un convenio debería tomarse siempre desde una perspectiva de conjunto y nunca de forma aislada. Ello se debe a que cada sociedad desarrolla un fragmento de la actividad del conjunto del grupo. Por eso, la viabilidad o supervivencia de uno de esos fragmentos dependerá en buena medida de la supervivencia del resto. En nuestro ejemplo, considérese la posibilidad de que B pretenda alcanzar un convenio continuista y que la solución más probable para A y para C sea la liquidación. Aisladamente, B puede no sobrevivir, puesto que si desaparecen su único proveedor y su único cliente (A y C, respectivamente), será

⁵³⁷ Así lo advierte EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 353. Lo retoma GRAU, C., en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p.121, añadiendo que «Eine isolierte Sanierung eines Unternehmensteils ist oftmals nicht möglich».

⁵³⁸ Sobre la ruptura de la cadena de valor y las nuevas formas organizativas, v. BUENO CAMPOS, E., *Curso básico de Economía de la Empresa. Un enfoque de organización*, Madrid [Pirámide], 2001, pp. 303 y ss.

⁵³⁹ Así, GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 123, afirma que la continuidad de la empresa como un todo es crucial para que no se destruyan las sinergias y los vínculos entre las sociedades (sinergias que además sería difícil y costoso reconstruir). También UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 41, habla de la pérdida de los beneficios/ventajas del grupo entero. Si se «descuartiza» al grupo, esas sinergias se pierden definitivamente.

⁵⁴⁰ V. DELENEUVILLE, J. M., «La qualité de débiteur. Des difficultés de l'extension de procédure au sein des groupes de sociétés», *Rev. proc. coll.*, núm. 2 (2001), p. 64.

mucho más difícil que consiga sobrevivir el tiempo necesario para sustituirlos (y, sobre todo, hacerlo en las mismas condiciones económicas)⁵⁴¹.

Los principales mecanismos para coordinar la salida convenida del concurso de varios deudores son dos: la elaboración de un convenio único para todos ellos y la elaboración de diversos convenios coordinados o vinculados entre sí⁵⁴². A su vez, dentro de la primera modalidad, puede distinguirse entre la elaboración de un convenio único que implique o presuponga la consolidación de las masas y la confección de un convenio único para todos los deudores afectados, pero manteniendo separadas las masas activas y pasivas.

II. El convenio único

1. El convenio único con consolidación de las masas (remisión)

La elaboración de un convenio único con consolidación de los patrimonios de los diversos deudores vinculados es el corolario de la consolidación de masas, por lo que cabe remitirse al análisis realizado en otra parte del presente trabajo⁵⁴³.

2. El convenio único con separación de las masas

2.1. Concepto

Esta modalidad pretende lograr los beneficios de la coordinación en la fase de convenio sin incurrir en los inconvenientes de la consolidación patrimonial. Se trata pues de un paso intermedio entre la consolidación y la mera coordinación a través de diversos convenios. La elaboración de un convenio único con separación de los patrimonios difiere de la consolidación, evita costes y demoras y favorece el saneamiento y salvamento de los grupos trascendiendo la multiplicidad formal de las sociedades que los integran. Actualmente es una opción vigente en Italia, en el seno del procedimiento de administración extraordinaria de grandes empresas en crisis⁵⁴⁴, así como en Estados

⁵⁴¹ Aunque la casuística es amplísima, puede ponerse también el ejemplo de dos sociedades (A y B), en el que ciertos medios productivos especiales e imprescindibles para la actividad de la sociedad A sean titularidad de la sociedad B. Otros ejemplos en SCHEEL, H., *Konzerninsolvenzrecht*, Colonia [Otto Schmidt], 1993, p. 274.

⁵⁴² También reconoce estas dos posibilidades la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 147 y recomendación n.º 237.

⁵⁴³ V., *infra*, Tercera Parte, donde se incide en el importante peso que tenía la eventual reorganización del grupo en la decisión acerca de la consolidación de las masas de sus miembros. De hecho, la consolidación puede incluso ser el resultado (y no la causa) de una propuesta conjunta de reorganización por parte de los diversos deudores miembros del grupo. V. GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., pp. 239 y 240. En realidad, el efecto es el mismo que el que se alcanzaría mediante varios convenios que acordasen, en cuanto al contenido potestativo, la fusión de las diversas sociedades en concurso.

⁵⁴⁴ El procedimiento de administración extraordinaria de grandes empresas en crisis contempla dos modalidades de salida convenida: el plan de reestructuración (que es un acto administrativo, no un verdadero convenio) y el concordato (que sí es un convenio). En ambos casos es posible elaborar un convenio único para las unidades del grupo sometidas a administración extraordinaria. En relación con la

Unidos⁵⁴⁵ y Argentina⁵⁴⁶. En Alemania, el principal defensor de esta opción es UHLENBRUCK⁵⁴⁷.

Al mantenerse las masas separadas, no se vulneran los principios de personalidad jurídica separada y de responsabilidad limitada. Por otra parte, la indefensión de los acreedores viene impedida por su derecho a votar la propuesta, computándose las mayorías

posibilidad de que exista un único concordato para todo el grupo, v., el artículo 4 bis (apartado 2) de la *legge* de 18 de febrero de 2004, n.º 39: «[l]a proposta di concordato puo' essere unica per piu' societa' del gruppo sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive». Se insiste, eso sí, en que debe conservarse la autonomía de las masas activas y pasivas. V. NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 523. También ALESSI, G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, cit., p. 101. Antes de la reforma, ya se había puesto de manifiesto la importancia de regular este aspecto. Así, BONFATTI, S., «Il “gruppo” di imprese nell'amministrazione straordinaria in el fallimento», cit., p. 11.

⁵⁴⁵ Es el llamado «joint plan of reorganization», que puede implicar o no la consolidación de las masas o consolidación sustantiva.

⁵⁴⁶ En Argentina se prevén dos alternativas para los deudores que formen parte del mismo grupo: o bien presentan una propuesta unificada de acuerdo preventivo (art. 67.4 LCQ) o bien presentan propuestas individuales (art. 67.5 LCQ). Se entiende por propuesta «única» aquella que trata el pasivo de todos los integrantes en forma consolidada. La consolidación de la deuda se refiere exclusivamente a los afectos de la votación del acuerdo (es la única manera de que la votación pueda ser realizada en forma única por los acreedores bajo un mismo criterio y sin duplicidades). V. RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, cit., p. 163. La doctrina viene entendiendo que lo normal —y preferible— es que se presente una sola propuesta. Lo que se pretende es facilitar, mediante alteraciones en las mayorías necesarias, que los miembros del grupo alcancen un acuerdo conjunto. V. BARBIERI, P. C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522 comentada y concordada*, cit., p. 185; BONFANTI, M. A., y GARRONE, J. A., *Concursos y quiebras*, cit., p. 253; DASSO, A., *Derecho concursal comparado*, tomos I y II, Buenos Aires [Legis], 2009, pp. 135 y 136; RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, cit., p. 162; ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, cit., p. 177. El problema de la propuesta unificada es la consecuencia que tiene el hecho de que no se alcancen las mayorías legalmente requeridas: en ese caso, se produce la quiebra de todos los miembros del grupo. En efecto, existe un doble tratamiento de la propuesta unificada y de las propuestas separadas en lo que se refiere a las consecuencias de la no aprobación de la propuesta. Si se tratase de un acuerdo a celebrarse a raíz de una propuesta única por parte del agrupamiento, la no obtención de las mayorías necesarias en el plazo correspondiente conlleva la declaración de quiebra de todos los integrantes del agrupamiento. Sin embargo, si ha habido propuestas individuales, solo existirá declaración de quiebra respecto del integrante que no hubiera obtenido las conformidades bajo el régimen de mayorías que establece la ley. También tiene consecuencias en el caso de incumplimiento del acuerdo: si el acuerdo es único, la declaración en quiebra derivada del incumplimiento conllevará la falencia de todos los integrantes del grupo. También hay, pues, un doble tratamiento de las propuestas unificadas y las propuestas separadas en lo que respecta a las consecuencias del incumplimiento. si se tratase de un acuerdo celebrado a raíz de una propuesta única por parte del grupo, la declaración en quiebra derivada del incumplimiento conllevará la falencia de todos los integrantes del grupo. Al contrario, en caso de haber existido propuestas individuales, solamente existirá declaración en quiebra respecto del integrante incumplidor.

⁵⁴⁷ Este autor, pese a rechazar en un primer momento la derogación del principio de separación (y descartar consecuentemente la consolidación patrimonial), matiza posteriormente su postura exclusivamente en torno a la posibilidad de confeccionar un convenio único para todos los deudores conexos. V. UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., pp. 41 a 44. Así, toda vez que el respeto a la personalidad jurídica separada impide consolidar las masas, UHLENBRUCK propone consolidar los convenios. Conforme a la propuesta de este autor, en uno de los procedimientos (que vendría a ser el *führenden Verfahren*) se presentaría una propuesta de convenio (el *führenden Insolvenzplan*) cuya aprobación sería votada por los acreedores de todos los deudores.

separadamente respecto de cada deudor⁵⁴⁸. Una cuestión central es, en efecto, que la decisión relativa a la aprobación del convenio único se adopte por los acreedores de cada deudor, esto es, que el cómputo de mayorías necesarias opere a nivel individual y no a nivel global. Esta última opción no se considera, en principio, deseable, ya que puede permitir a la mayoría de los acreedores de la mayoría de los miembros del grupo forzar la aprobación de un determinado convenio. También pueden actuar en sentido contrario, esto es, obstruyendo o vetando la aprobación de un determinado convenio.

Sin embargo, no faltan voces que se han preguntado si cabría imponer a los acreedores de un determinado concurso un convenio que no hubiesen aceptado, cuando ello redundase en beneficio del conjunto de los acreedores de los distintos deudores conexos. En efecto, pueden existir casos especiales en los que el bien común (del conjunto) deba prevalecer aun cuando implique el sacrificio de algunos acreedores. Piénsese, por ejemplo, en un convenio único aprobado con las mayorías necesarias en todos los concursos excepto en uno. Ciertamente, es cuestionable que deba permitirse a una minoría de acreedores vetar un convenio que favorecería a la mayoría. Es precisamente esta idea la que conduce a defender la aprobación del convenio único sobre la base de mayorías conjuntas, compaginando esta medida con herramientas de salvaguarda de los derechos de los acreedores a los cuales se les imponga un determinado convenio. En ese sentido, resulta imprescindible una mayor flexibilidad para adaptarse a las distintas circunstancias y para acomodar los diferentes intereses en juego. Por ejemplo, podrían obviarse las objeciones de una minoría de acreedores al convenio si se acreditase que con tal convenio cobrarán al menos lo mismo que con la liquidación. Salvaguardando los derechos de todos los acreedores, parece que sí sería admisible que el convenio vinculase a los disidentes. Esto presenta indudables ventajas en aquellos casos en los que la participación de un determinado deudor es crucial para el éxito del convenio sobre el conjunto de los deudores conexos, pero a la vez choca con la protección de los derechos de los acreedores y con la configuración básica de la persona física o jurídica y del proceso concursal.

⁵⁴⁸ V., en relación con el cómputo de mayorías, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 148: «La adopción de un único plan o de planes coordinados requeriría, en la práctica, que se preparara y aprobara, en el marco de cada procedimiento abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. La aprobación de cada plan habría de efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores, que ejercitarían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen. La preparación de un plan para todas las empresas del grupo y su aprobación deben respetar la necesidad de que el plan definitivo sea aprobado por todas ellas, por lo que se debería indicar cuáles serían las ventajas del plan para cada una de ellas, dándose la información que proceda al respecto».

2.2. El convenio único sin consolidación patrimonial y la Ley Concursal española

En España, varios autores han defendido la posibilidad *de lege lata* de elaborar un único convenio para varios deudores conexos⁵⁴⁹. Pese a la falta de regulación expresa, han llegado a establecerse detalladas pautas a seguir en la eventual tramitación de un convenio único⁵⁵⁰. Así, en primer lugar sería necesario que los concursos se hubiesen tramitado de forma conjunta (léase, acumulada, v., arts. 25 a 25 ter LC). La legitimación para presentar propuestas de convenio sería de todos los deudores y de aquellos acreedores cuyos créditos superasen una quinta parte del pasivo de cada deudor (interpretación *ex arts.* 113 y 115 LC), dado que si el cómputo del pasivo se realizase sobre el conjunto de los pasivos, se favorecería más a algunos acreedores en detrimento de otros. En la junta de acreedores deberían deliberarse y votar primero las propuestas conjuntas y, de haber varias, según el orden del artículo 121.2 de la Ley Concursal. Para la aprobación de una propuesta conjunta sería necesario obtener las mayorías necesarias (art. 124 LC) respecto de cada deudor (esto es, el voto a favor de acreedores que representen al menos la mitad del pasivo ordinario de cada deudor). Finalmente, también sería defendible la posibilidad de elaborar un único convenio anticipado, precisando que ninguno de los deudores deberá estar incurso en las prohibiciones (art. 105 LC) y que el cómputo de las adhesiones necesarias deberá hacerse respecto de cada deudor (art. 106 LC).

2.3. (In)admisibilidad e (in)necesariedad de un convenio único bajo la Ley Concursal española

A la propuesta de elaboración de un convenio único, incluso con separación de las masas, pueden oponérsele argumentos que derivan de la concreta configuración del presupuesto subjetivo de concursabilidad que realiza la normativa concursal.

Así, pese a que la propuesta pretende respetar los derechos de los acreedores y los principios básicos de la personalidad jurídica, resulta criticable sobre la base de que, si no se cumple el presupuesto subjetivo para ser declarado en concurso, tampoco se cumple el

⁵⁴⁹ V. GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., pp. 169 a 172. Esta autora fundamenta su posición sobre dos premisas. En primer lugar, que, aunque la Ley Concursal no lo prevea expresamente, tampoco lo prohíbe. En segundo lugar, que tal solución es acorde con el espíritu de la Ley Concursal, que promueve las salidas convenientes y conservadoras de la actividad empresarial. Insiste en ello en «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., pp. 184 y 185: afirma que es una vía factible y especialmente apropiada en determinados supuestos de acumulación, como cuando hay confusión. También a favor, LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 263. Dice que los juzgados están admitiendo a trámite, con buen criterio en su opinión, las propuestas conjuntas de convenio de sociedades en concurso que pertenezcan a un mismo grupo, «opción imprevista en la Ley pero que tampoco la prohíbe». En efecto, afirma que: «[L]a tramitación unificada del convenio permite a los acreedores obtener una visión global que puede ayudar a decidir el sentido de su voto (en muchos casos, los acreedores lo son de todas las sociedades); además de un considerable ahorro de plazos y medios procesales. El voto o la adhesión, no obstante, ha de ser emitido para cada concursada y solo por los acreedores que figuren en su lista y no tengan restringido o prohibido el derecho de voto».

⁵⁵⁰ Estas pautas las establece GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., pp. 169 a 172.

presupuesto subjetivo para presentar un convenio⁵⁵¹. En otras palabras, se trata de una propuesta que, tras salir airosa de las críticas que vapulean a la consolidación patrimonial, choca frontalmente con la configuración del proceso concursal. En España, el proceso concursal en general y el convenio concursal en concreto se predicen respecto de una persona física o jurídica (art. 1.1 LC)⁵⁵². Los grupos, los matrimonios, las parejas de hecho y el resto de supuestos de concursos conexos carecen de personalidad jurídica y no pueden, por ello, ser declarados en concurso. De ahí que resultaría contradictorio que se permitiese a estos deudores acogerse a un convenio único. El convenio como tal se propone y se aprueba en el seno de un concurso. Solo pueden ser declarados en concurso los sujetos de Derecho y, por consiguiente, solo pueden someterse a un convenio tales sujetos. Además, la elaboración de un convenio único carece de refrendo normativo⁵⁵³.

Pese a que estas consideraciones *de lege lata* resultan suficientes para descartar la posibilidad de elaborar un convenio único para varios deudores conexos (y ello aunque los patrimonios permanezcan separados), debe también cuestionarse su deseabilidad o conveniencia *de lege ferenda*. En efecto, en el eventual caso de que se aprobase un convenio único para varios deudores, el incumplimiento de este por parte de cualquiera de ellos bastaría para que la totalidad de los mismos se viese arrastrada a la liquidación (arts. 140.4 y 143.1.5.º LC). Esto no solo frustraría intentos de salvamento y reorganización, sino que daría lugar a una intolerable inseguridad jurídica. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el incumplimiento del convenio único por parte de uno de los deudores tuviese lugar poco antes del completo cumplimiento del mismo por parte de otro. Sin perjuicio de que existen mecanismos para coordinar, en sede liquidatoria, los pagos realizados durante la fase de convenio (art. 162 LC)⁵⁵⁴, la apertura de la fase de liquidación implica la disolución de la persona jurídica deudora (art. 145 LC)⁵⁵⁵ y, salvo casos excepcionales, su consiguiente expulsión del mercado.

⁵⁵¹ Es lo que argumenta la mayoría de la doctrina alemana frente a UHLENBRUCK. V. RIEBLER, V., y KOLBE, S., «Konzernmitbestimmung in der Insolvenz», cit., p. 296; EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», cit., p. 546 y los demás autores que allí se citan. También GRAU, C. en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 5.

⁵⁵² Con la excepción de la herencia (art. 1.2 LC).

⁵⁵³ Como sí lo tiene en Argentina, especialmente en cuanto al cómputo de las mayorías necesarias y a las consecuencias del incumplimiento.

⁵⁵⁴ La Ley establece una presunción de legitimidad de los pagos realizados durante el convenio, de forma que estos deben ser conservados salvo en determinadas excepciones. V., al respecto, GARRIDO, J. M.^a, «Art. 162. Coordinación con pagos anteriores en fase de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2502 a 2509.

⁵⁵⁵ Se trata de una disolución automática. La Ley parece partir de la imposibilidad de la persona jurídica de continuar, lo cual no siempre responderá a la realidad. En palabras de los Profesores BELTRÁN y MARTÍNEZ FLÓREZ: «Es evidente que, en la generalidad de los casos, la apertura de la fase de liquidación del concurso terminará con la extinción de la persona jurídica (v., también arts. 178.3 y 179.1), pero en supuestos excepcionales es posible que la persona jurídica llegue a satisfacer todos los créditos y pueda, por tanto, continuar con su actividad. Es ese caso, la propia persona jurídica habrá de decidir si continúa la liquidación hasta la extinción definitiva, sea con la propia administración concursal sea nombrando liquidadores o si procede a una reactivación». V. BELTRÁN, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ,

Por último, es innecesario introducir en España el convenio único, puesto que contamos con otro mecanismo de coordinación en la fase convenida: el condicionamiento de convenios (art. 101.2 LC). Dicho mecanismo cumple sobradamente los objetivos que marca la CNUDMI en materia de coordinación de convenios⁵⁵⁶. Por ello, y por lo que a continuación se expone, debe desecharse, por innecesaria y dudosamente admisible, la confección de un convenio único para varios deudores conexos.

III. Los convenios múltiples

1. Concepto y modalidades

La aplicación estricta del principio de separación (un concurso para cada sujeto de derecho) implica, en la fase de convenio, que debe elaborarse un convenio para cada deudor («un deudor, un concurso, un convenio», parafraseando la máxima originaria)⁵⁵⁷. Ahora bien, las ventajas que implica la coordinación de procedimientos en la fase solutoria aconsejan matizar este principio y admitir un cierto grado de vinculación entre los diversos convenios que se aprueben⁵⁵⁸. Esta sincronización entre convenios legalmente «divorciados» entre sí⁵⁵⁹ puede arbitrarse conforme a dos grandes vías: bien por el contenido del convenio, bien por su simultánea o interdependiente entrada en vigor. Naturalmente, también pueden coordinarse en torno a estos dos ejes a la vez.

La coordinación respecto al contenido de los convenios presupone que estos han sido acordados en paralelo respecto de los varios procedimientos sobre los distintos deudores conexos. Puede ser que, sin más, los contenidos sean idénticos, esto es, que se proceda a proponer y aprobar convenios con el mismo contenido en cada uno de los concursos. Por su parte, la entrada en vigor coordinada de los diversos convenios puede garantizarse sometiendo su eficacia a la condición de que se confirmen el resto de convenios⁵⁶⁰.

Aunque la Ley Concursal española ha optado por esta segunda vía para coordinar las soluciones de los concursos conexos (art. 101.2 LC), nada obsta, en principio, para que la coordinación se produzca también a nivel del contenido. En cualquier caso, con la previsión expresa de aquella posibilidad, la Ley Concursal zanja las dudas en torno a la admisibilidad de una práctica anterior a la entrada en vigor de la norma: la subordinación

A., «Art. 145. Efectos sobre el concursado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2344.

⁵⁵⁶ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, recomendación n.º 237.

⁵⁵⁷ Aunque se pretenda sanear y reorganizar el grupo en su conjunto en tanto que unidad económico-empresarial, ha de elaborarse y aprobarse un convenio para cada deudor, en cada procedimiento. Así ocurre en Alemania, donde rige plenamente (aun a pesar de los lamentos de la doctrina) dicho principio. V., por ejemplo, BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischem Insolvenzrecht*, cit., p. 286.

⁵⁵⁸ V. UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 43.

⁵⁵⁹ Así, afirman RIEBLER, V., y KOLBE, S., «Konzernmitbestimmung in der Insolvenz», cit., p. 296: «Möglich ist allenfalls, dass rechtlich geschiedene Insolvenzpläne formal aufeinander abgestimmt werden».

⁵⁶⁰ V. EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», cit., p. 547.

de la eficacia del convenio propuesto por uno de los deudores a la eficacia del convenio de alguno o de todos los demás. El objetivo consistía (y sigue consistiendo) en alcanzar una solución homogénea y global. Si alguno de los convenios propuestos no pudiera obtener las mayorías necesarias o, previa oposición de legitimado, no fuera aprobado por el juez, todos los demás quedarían sin efecto⁵⁶¹.

2. El condicionamiento de convenios

En virtud del condicionamiento, uno de los convenios (en adelante, el convenio condicionado o sometido a condición) mantiene en suspenso su eficacia en tanto no se apruebe (i. e., no devenga eficaz) otro convenio (en adelante, el convenio referenciado o condicionante)⁵⁶². Se trata, en cierta medida, de un mecanismo antagónico o contrapuesto al de la «eficacia parcial» del convenio que en determinadas circunstancias puede acordar el juez del concurso como medida cautelar (art. 129.4 LC), cuando la demora inherente a la tramitación del incidente de oposición a la aprobación del convenio haga imposible el posterior cumplimiento del mismo⁵⁶³.

⁵⁶¹ En palabras de ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», cit., p. 484: «En algunos casos de suspensión de pagos de distintas sociedades pertenecientes al mismo grupo, la eficacia del convenio propuesto por cada una de esas sociedades se ha subordinado a la eficacia del convenio de todas las demás. Con este condicionamiento recíproco de la eficacia de convenios adoptados en tantos procedimientos concursales como sociedades deudoras, el grupo pretende conseguir y consigue una solución homogénea y global. Si alguno de los convenios propuestos no pudiera obtener las mayorías necesarias o, previa oposición de legitimado, no fuera aprobado por el juez, todos los demás quedarían sin efecto, debiendo el juez respectivo dictar auto de sobreseimiento de la correspondiente suspensión de pagos. Los convenios concursales recíprocamente condicionados (es decir, sometidos a la condición suspensiva de la aprobación judicial de todos los demás convenios de las sociedades del grupo) plantean dudas en orden a su admisibilidad. En efecto, es bien sabido que, en los Derechos latinos, la doctrina clásica y la jurisprudencia suelen considerar contrarias a derecho las proposiciones de convenio concursal bajo condición suspensiva».

⁵⁶² La expresión de «convenio referenciado» ha sido acuñada por el Profesor Rojo. V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1902.

⁵⁶³ V. DÍAZ MORENO, A., «Art. 169. Tramitación de la oposición», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2187: «Como posible medida cautelar, la Ley menciona expresamente la de dar inicio al cumplimiento del convenio, bajo las condiciones que el juez determine (art. 129.4 *in fine*). No se refiere con ello la Ley a que el convenio alcance eficacia provisional antes de su aprobación. En caso de que el juez acuerde la legalmente denominada “eficacia parcial” del convenio (que debe entenderse como el inicio provisional de su cumplimiento) no se producirán los efectos propios de la aprobación (art. 133.3). Señaladamente, no desaparecerán los efectos de la declaración de concurso, ni cesarán en sus cargos los administradores concursales. Se trata, únicamente (y no es poco) de comenzar a cumplir con el convenio; pero solo en la medida en que ello resulte necesario para evitar que dicho cumplimiento resulte posteriormente imposible. Así, por ejemplo, si existieran compromisos de terceros de adquirir determinadas unidades productivas para continuar la actividad empresarial asumiendo el pago de sus créditos a los acreedores, pero dichos compromisos estuvieran condicionados a que la enajenación se realizara antes de determinada fecha, el juez podría acordar que el convenio se cumpliera en ese particular extremo. Del mismo modo, si existieran terceros dispuestos a proporcionar financiación siempre que se prestasen determinadas garantías, cabría ordenar su constitución. O, en la medida en que el plan de pagos prevea la enajenación de ciertos bienes o derechos del concursado, puede procederse a tal enajenación si existe el riesgo de que la demora lo haga imposible (o lo permita solo en condiciones desfavorables) con posterioridad».

El condicionamiento del convenio concursal es algo extremadamente excepcional: se trata de la única excepción que la norma prevé a la regla general de que cualquier propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada (art. 101.1 LC).

En cuanto a los casos en los que procede, la redacción del precepto anterior a la Ley 38/2011 parecía exigir —y así lo interpretaba la doctrina—⁵⁶⁴ que los concursos se hubiesen acumulado inicial o posteriormente de forma efectiva, sin que bastase con que concurriesen los presupuestos para ello (por ejemplo, que los deudores formasen parte del mismo grupo, que fuesen cónyuges, etc.). Sin embargo, tras la reforma la norma se refiere, simple y llanamente, a los «concursos conexos». Ello no debe, a mi juicio, llevarnos a pensar que pueden condicionarse los convenios de concursos conexos no acumulados. Lo contrario, además de inviable (por las dificultades que podría conllevar en cuanto a los distintos órganos jurisdiccionales y las diferentes administraciones concursales), podría dar lugar a opacidades o situaciones poco deseables, al no existir una instancia supervisora única.

3. Clases de condicionamiento

Por lo que respecta a las clases de condicionamiento, puede en primer lugar distinguirse entre *condicionamiento simple* y *condicionamiento plural*⁵⁶⁵. El primero consiste en someter la eficacia de un convenio a la aprobación judicial de otro convenio, mientras que el segundo consiste en someter la eficacia de un convenio a la aprobación de dos o más convenios. Puesto que la Ley nada precisa al respecto, deben considerarse admisibles ambos tipos de condicionamiento. En segundo lugar, cabe distinguir entre *condicionamiento unilateral* y *condicionamiento recíproco*⁵⁶⁶. Si se trata de un condicionamiento unilateral, la eficacia del convenio se somete a la aprobación judicial de otro u otros, sin que la eficacia de este o de estos se encuentre a su vez sometida a la aprobación judicial del primero. En supuestos de condicionamiento recíproco, en cambio, la eficacia de uno

⁵⁶⁴ La norma anterior rezaba que «en caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros». Se manifiesta a favor de la interpretación literal GONZÁLEZ GOZALO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, p. 1173, quien exige la efectiva acumulación de los concursos cuyos convenios se pretenden condicionar. También FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 125: «Para que se puedan dar estos supuestos de coordinación es necesario que en los supuestos de concursos de grupos de sociedades se dé un condicionante procesal previo, y es que los distintos procedimientos concursales se tramiten de manera coordinada, es decir, abran y cierren las distintas fases de modo coincidente para evitar que las peculiaridades de cada uno de los procedimientos pudieran dar lugar a ritmos de tramitación distintos». Llama la atención que, precisamente, se introdujese este matiz en el texto legal a su paso por las Cortes. El texto del Proyecto de Ley Concursal afirmaba, en efecto, que el condicionamiento de convenios cabría en los supuestos de concursos susceptibles de acumulación, se hubiesen acumulado o no (art. 100.2 PLC).

⁵⁶⁵ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1904.

⁵⁶⁶ *Ibíd.*, p. 1905.

o más convenios se somete a la aprobación judicial de otro u otros, cuya eficacia depende a su vez de la aprobación judicial del primero o primeros.

4. Legitimación para presentar propuestas condicionadas

De la dicción literal de la Ley (art. 101.2 LC) parece desprenderse que los únicos que pueden presentar propuesta condicionada de convenio son los propios deudores en concurso, y que los acreedores carecen de tal posibilidad⁵⁶⁷. La doctrina, sin embargo, se muestra dividida al respecto. Así, mientras algunos autores defienden la literalidad de la norma⁵⁶⁸, otros abogan por una interpretación más flexible que dé cabida también a las propuestas condicionadas presentadas por los acreedores⁵⁶⁹. A favor de una interpretación estricta contamos no solo con el argumento literal. En efecto, afirma CUESTA RUTE que la facultad de presentar propuestas condicionadas se basa en las relaciones existentes entre los deudores concursados, y que son precisamente esas relaciones las que exigen ser tenidas en cuenta *antes* de que cada deudor pueda asumir un compromiso convencional con sus acreedores⁵⁷⁰.

Al contrario, los partidarios de una interpretación amplia y extensiva de la legitimación se preguntan por qué los acreedores habrían de tener habitualmente intereses espurios en hacer propuestas condicionadas hasta el punto de que convenga prohibir legalmente tal posibilidad. Y rechazan el razonamiento de CUESTA RUTE sobre la base de que se trata de un argumento a favor de permitir a los deudores presentar propuestas condicionadas, pero no para privar a los acreedores de tal posibilidad⁵⁷¹.

Sin perjuicio de reconocer que se trata de una cuestión discutible, pues existen sólidos argumentos a favor de una y otra postura, parece más acertado mantener únicamente la legitimación del deudor para la presentación de propuestas condicionadas. El principal fundamento de tal afirmación hay que buscarlo en el otro supuesto especial⁵⁷² regulado

⁵⁶⁷ Literalmente: «la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros» (art. 101.2 LC).

⁵⁶⁸ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1902; GONZÁLEZ GOZALO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1173; CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2004, p. 56, SEBASTIÁN QUETGLÁS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., p. 216.

⁵⁶⁹ V., en este sentido, FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., pp. 1221; VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, p. 2176; GARCÍA ROSTÁN, G. «La acumulación de concursos», cit., p. 168.

⁵⁷⁰ Acertadamente, CUESTA RUTE habla de *arreglar* antes las relaciones entre deudores que las relaciones entre cada deudor y sus propios acreedores. V. CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 56.

⁵⁷¹ V. GARCÍA ROSTÁN, G. «La acumulación de concursos», cit., p. 168.

⁵⁷² En el bien entendido de que el convenio anticipado no es un *convenio especial*, sino un *convenio de tramitación especial*. Así lo expresa el Profesor ROJO: «[j]unto a la tramitación ordinaria del convenio, la Ley regula una tramitación anticipada cuya característica esencial es que la propuesta del deudor y la aceptación de esta propuesta por los acreedores tiene lugar durante la fase común del procedimiento». V. ROJO, A., «De la propuesta anticipada de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1929.

en la Ley, a saber: la propuesta anticipada de convenio. El convenio anticipado, al igual que los convenios condicionados, es una especialidad que la Ley configura con criterio restrictivo. Recuérdesse que el convenio anticipado se configura como un beneficio del deudor, lo que explica que la legitimación para presentar la propuesta venga doblemente condicionada: solo puede presentarla el deudor (art. 104 LC) y solo el deudor sobre el que no concurren una serie de prohibiciones (art. 105 LC). Puede, por lo tanto, argumentarse que la legitimación exclusiva del deudor para presentar un convenio condicionado también descansa sobre un fundamento similar, a saber, el mejor conocimiento de la situación conjunta de los diversos deudores conexos. Esta postura es coherente con la exigencia adicional de que los concursos hayan sido previamente acumulados. Así, la legitimación para presentar propuestas de convenios condicionados también estaría doblemente restringida: solo podrían presentarlos los deudores, y solo los deudores cuyos concursos sigan una tramitación acumulada. La tramitación acumulada presupone, no lo olvidemos, que existen entre los diversos concursos unas conexiones que la Ley juzga merecedoras de una atención especial.

5. El evento condicionado: la eficacia del convenio

Se ha discutido si lo que se somete a condición es la propuesta de convenio, la eficacia del convenio o la aprobación judicial del convenio. En otras palabras, la discusión gira en torno al nivel en el que opera la condición, si en el plano de la propuesta, en el plano de la eficacia o en el plano de la aprobación judicial.

El debate entre las dos primeras alternativas es el que mayor presencia ha tenido en los textos doctrinales y proviene, seguramente, del equívoco inducido por la rúbrica del precepto, que habla de «propuestas condicionadas»⁵⁷³. Si la condición operase en *el plano de la propuesta* de convenio, se trataría de una propuesta formulada claudicantemente, ya que de la condición dependería que se entrara a debatir o no el convenio. Por el contrario, de entenderse que la condición opera en *el plano de la eficacia* del convenio, la propuesta sería firme a efectos de la tramitación del convenio y sería la eficacia de este la que resultaría claudicante⁵⁷⁴. La más autorizada doctrina defiende que lo que se somete a condición es la eficacia del convenio, no la propuesta, ya que, de ser así, esta no podría entrar a debatirse hasta que la condición se cumpliera, lo cual parece estar fuera del objeto del precepto comentado⁵⁷⁵. Una minoritaria corriente doctrinal defiende, en cambio, que lo que puede quedar sometido a condición es la *aprobación judicial*, de modo que el juez aborde la homologación de los diversos convenios a través de una única

⁵⁷³ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1902 y CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 55.

⁵⁷⁴ V. CUESTA RUTE, J. M.^a, *ibíd.*, p. 55.

⁵⁷⁵ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1902; CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 55; SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., p. 217.

resolución⁵⁷⁶. Esta interpretación se basa en que, si lo que se somete a condición fuese la eficacia del convenio, se permitiría que convenios aprobados deviniesen ineficaces debido a la falta de aprobación de otros convenios, generándose una situación anómala para la que ni está prevista expresamente la apertura de la liquidación, ni se regula tampoco una nueva convocatoria de los acreedores a efectos de deliberar y votar sobre otras propuestas.

6. La condición o el evento condicionante

A lo largo de los párrafos que siguen, aplicaremos a la condición incluida en un convenio concursal la normativa general respecto a las obligaciones condicionales contenida en el Código Civil (arts. 1113 a 1124 CC)⁵⁷⁷.

La única condición que la Ley Concursal estima admisible en un convenio es el sometimiento de su eficacia a la aprobación judicial de uno u otros convenios en

⁵⁷⁶ Según esta concepción, la posibilidad de condicionar los convenios no sería en realidad una excepción a la prohibición general de someter el convenio concursal a condición, sino, más bien, una norma especial para los supuestos de acciones o procesos concursales acumulados. V. GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., p. 167.

⁵⁷⁷ Para determinar si puede aplicarse a este tipo de condiciones la normativa general respecto a las obligaciones condicionales contenida en el Código Civil (arts. 1113 a 1124 CC), debe analizarse previamente la naturaleza del convenio concursal. Habida cuenta de la abundante literatura al respecto, y por exceder de los límites y objetivos de este trabajo, no entraremos en las diversas teorías que se han elaborado al respecto, cuyo resumen puede encontrarse en HÖLDERL FRAU, H. A., *El Convenio en la Quiebra y en la Ley Concursal*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2005, pp. 87 a 122. Baste con recordar que la naturaleza del convenio es híbrida, y oscila entre la *negocial* y la *procesal*. Negocial en cuanto que tiene su origen en la voluntad y puede determinarse voluntariamente su contenido, dentro de los límites fijados por el legislador (arts. 100 LC y concordantes). Sobre la naturaleza híbrida (*Doppelnatur*) del convenio, v. EIDENMÜLLER, H., «Aufstellung des Plans», en Kirchhof; Lwowski y Stürmer (dirs.): *Insolvenzordnung. Münchener Kommentar*, Múnich [C. H. Beck], 2008, p. 1667: «Er ist einerseits ein materiellrechtlicher Vertrag, andererseits gleichzeitig aber auch ein Prozessvertrag». Por algo el convenio es la solución *negociada* del concurso. Ahora bien, no faltan elementos que apartan al convenio de lo contractual y lo aproximan a lo procesal. El principal de dichos elementos es, sin duda, el requisito de la aprobación judicial para que el convenio devenga eficaz (art. 133.1 LC). Pese a lo anterior, la mayoría de la doctrina reconoce hoy en día que el convenio es, básicamente, un contrato (o, dicho con otras palabras, que tiene naturaleza mixta con preeminencia de la contractual). V., en este sentido, CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., pp. 32 a 35; HÖLDERL FRAU, H. A., *El Convenio en la Quiebra y en la Ley Concursal*, cit., p. 122. No quiere ello decir que pueda aplicársele en bloque y sin excepciones el régimen de las obligaciones y contratos del Código Civil. En palabras de GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: «se olvida que el convenio no es contrato típico y que no solo es un contrato. Por eso todos los intentos por “trasladar” soluciones de los contratos al convenio concursal nunca serán completamente satisfactorios porque, como es natural, no acaban de casar». V. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, Madrid [La Ley], 2007, p. 245. Sin embargo sí que parece admitir la traslación al convenio del esquema formal típico de los contratos, incluyendo el régimen de las obligaciones condicionales. En los apartados que siguen se desgranarán las conclusiones obtenidas (que, podemos adelantar ya, mostrarán que no toda la regulación general del Código Civil puede trasladarse al convenio concursal). Lo admite expresamente CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 34. Afirma más adelante este autor que «el convenio estructuralmente es un negocio jurídico semejante al contrato y sustentado por tanto en la autonomía de la voluntad de aquellos que se ven concernidos por el concurso en cuanto que este afecta al cumplimiento de las obligaciones del deudor». V., *ibíd.*, p. 92.

conCURSOS acumulados al primero⁵⁷⁸. En otras palabras, dicha aprobación es el «evento condicionante» o «interruptor que decide el todo o nada»⁵⁷⁹ de un convenio condicionado. No pueden serlo ni las peculiaridades de los procedimientos (tramitación ordinaria o abreviada, liquidación en vez de convenio) ni las vicisitudes de los créditos (que se reconozcan algunos o no) ni que el otro convenio se acepte por parte de la junta o que se declare su cumplimiento.

Antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, se discutía si la norma permitía exclusivamente el condicionamiento del convenio a la aprobación judicial de otro u otros, o si cabía también condicionarlo a la aprobación judicial de un convenio con un contenido determinado. A favor de la primera interpretación, más restrictiva, se esgrimía la claridad y rotundidad de la fórmula legal⁵⁸⁰. A favor de la segunda, más amplia y flexible, se empleaban argumentos teleológicos o finalistas, en el sentido de que, de mantenerse una interpretación estricta, la norma quedaría sin sentido, pues pretendía precisamente facilitar en los concursos conexos una mejor solución a la crisis⁵⁸¹. Este último enfoque, más acorde con los principios y objetivos de los mecanismos de coordinación, es el que ha prevalecido tras la reforma. Así, la condición consiste ahora de forma explícita en que se aprueben «con un contenido determinado» otro u otros convenios (art. 101.2 LC). La precisión del alcance del condicionamiento tiene sentido porque, de lo contrario, se podría producir la paradoja de aprobarse un convenio que pudiera resultar perjudicial para el concursado.

6.1. La acertada elección del evento condicionante

No sorprende que el legislador haya optado por la aprobación judicial como evento condicionante. Recuérdese que el convenio no es un negocio jurídico cualquiera, ya que se produce en el ámbito de un proceso judicial ordenado conforme al principio de la colectivización de las pretensiones de los acreedores (por eso es un procedimiento universal y no singular). De ahí que se permita que la voluntad de los acreedores (contraparte en el negocio jurídico) se forme conforme al principio de mayoría.

Así, cuando la propuesta obtiene el porcentaje de pasivo establecido por la Ley, el convenio extiende su eficacia a todos los acreedores (ordinarios y subordinados) con independencia de que los créditos hayan sido o no reconocidos y con independencia de que los titulares de esos créditos se hayan adherido o no a esa propuesta o hayan votado a

⁵⁷⁸ Con independencia de que se trate de una acumulación ab initio (art. 25 LC) o sobrevenida (art. 25 bis LC).

⁵⁷⁹ Expresión que utiliza LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., en *La condición suspensiva en los contratos*, Madrid [Montecorvo], 2000, p. 22.

⁵⁸⁰ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1902 y CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 55.

⁵⁸¹ Así, SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., p. 220; VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 2176; GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., p. 167.

favor de la misma. En este sentido, el convenio concursal es un convenio de masa, dado que la efectividad del convenio como solución del concurso exige la superación del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC)⁵⁸².

Dicho esto, solo puede permitirse la formación de la voluntad de un grupo mediante la conjunción de la mayoría de las voluntades individuales de sus miembros (y por lo tanto la imputación del negocio a todos los miembros con independencia de su voluntad) si se arbitran garantías y se supervisa su cumplimiento. En el caso del concurso, esas garantías se establecen en la Ley y su control se confía al juez del concurso. De ahí la necesidad de que el convenio sea aprobado por el juez: es el mecanismo que permite extender la eficacia del convenio a los acreedores que, según la Ley, deben verse afectados por este⁵⁸³.

El convenio se integra así por un *momento negocial* y por un *momento procesal*: hasta que no se produce su aprobación judicial (aprobación que consiste en controlar que en la tramitación y contenido del convenio se ha respetado lo que el Derecho impone, art. 109 LC) no es eficazmente obligatorio (no se extienden sus efectos)⁵⁸⁴. No es baladí por lo tanto que la aprobación judicial sea el evento condicionante elegido, y no la aceptación de la propuesta por la junta de acreedores (art. 121 LC) o la declaración de cumplimiento del convenio (art. 139 LC).

6.2. El tipo de condición

El criterio primordialmente empleado para clasificar las condiciones es aquel que distingue entre condiciones *suspensivas* (que se ponen con el intento de suspender la eficacia de la obligación) y *resolutorias* (que se establecen con el fin de determinar la pérdida de los derechos adquiridos)⁵⁸⁵. Con arreglo a esta clasificación, la condición a la

⁵⁸² V. GARRIDO, J. M.^a, «Art. 134. Extensión subjetiva», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2223.

⁵⁸³ La aprobación judicial se configura como condición de eficacia del convenio, y constituye una auténtica homologación. Se ha dicho, por ello, que «[l]a necesidad de su aprobación por la autoridad judicial pone de manifiesto que el convenio no puede calificarse, sin más, como un negocio jurídico sometido al Derecho privado. Desde luego, el convenio no es un simple acuerdo o contrato entre el deudor y la colectividad de sus acreedores. El mero hecho de que, en cuanto convenio de masa, pueda vincular a acreedores que no se hayan adherido a la propuesta o que no hayan votado a favor de la misma significa que estamos ante una figura de naturaleza peculiar. El convenio concursal es un “convenio judicial” [...]. Se combinan así los perfiles contractuales propios de la figura con un elemento de carácter procesal, que explica la peculiaridad del sistema de eficacia. Pero, precisamente porque esos elementos contractuales son esenciales, el juez, que tiene facultades para aprobar o no aprobar el convenio, en ningún caso está facultado para modificarlo (aunque sí puede subsanar errores materiales o de cálculo) ni para completarlo (aunque sí puede fijar cuál es la interpretación correcta de ese convenio: art. 129.1)». V. DÍAZ MORENO, A., «De la aprobación judicial del convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2134.

⁵⁸⁴ «Conceptualmente, la aprobación judicial del convenio designa el acto que resulta del control de la legalidad en el proceso de aceptación del convenio. Si esa legalidad ha sido respetada la aceptación del convenio ofrece todas las garantías para que a partir de que así se declare por el juez produzca la eficacia acorde con su naturaleza de convenio concursal». CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 95.

⁵⁸⁵ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 6.^a ed., Madrid [Civitas], 2008, tomo II, p. 404.

cual nos referimos es suspensiva (ya que el convenio condicionado no será eficaz en tanto no se aprueben judicialmente el o los otros a los cuales se supedita). Otra clásica clasificación civilista divide las condiciones entre *casuales* (la condición es un hecho exterior o dependiente de la voluntad de un tercero ajeno a la relación obligatoria), *potestativas* (la condición depende de la voluntad de una de las partes) o *mixtas* (la condición es una combinación de un hecho exterior y de la voluntad de una de las partes)⁵⁸⁶.

Naturalmente, no podemos encuadrar en las categorías anteriores el evento condicionante que aquí se estudia sin antes determinar qué determina que se produzca la repetida aprobación judicial del otro o de los otros convenios. Se trata de una cuestión compleja, tanto por la diversidad de actos necesarios al efecto, como por la diversidad de actores implicados en el proceso⁵⁸⁷. Así, es necesario, en primer lugar, que exista al menos una propuesta de convenio en el concurso referenciado. Dicha propuesta, además de ser presentada en el plazo concedido para ello (art. 113.1 LC), deberá cumplir todos los requisitos formales y materiales que exige la Ley. Entre los primeros se encuentra la exigencia de la firma del o de los proponentes y de los terceros comprometidos si los hubiera (art. 99 LC). Entre los segundos destacan la obligación de respetar los límites de quitas y esperas (art. 100.1 LC), las prohibiciones de contenido (art. 100.3 LC) y la prohibición de someter el convenio a condición (con la excepción que ahora estudiamos, naturalmente; art. 101 LC). Si la propuesta presentada en el concurso referenciado cumple estos requisitos de tiempo, forma y contenido, será admitida a trámite por el juez (art. 114.1 LC). En el caso de que existieran defectos, se concederá un plazo para su subsanación (art. 114.2 LC). De no ser subsanados los defectos, la propuesta se tendrá por no presentada. Una vez admitida a trámite, se da traslado a la administración concursal para que emita un escrito de evaluación (art. 115 LC). Es necesario, a continuación, que se produzca la aceptación de la propuesta en la junta de acreedores (con las mayorías del art. 127 LC). Una vez aceptada la propuesta de convenio por la junta de acreedores, deberá transcurrir el plazo concedido para oponerse a dicha aprobación (diez días desde la fecha de la junta, v., art. 128 LC). Transcurrido dicho plazo, el juez dictará la sentencia aprobatoria del convenio (art. 130 LC), y no es hasta la fecha de esta sentencia cuando comienza la eficacia del convenio en cuestión (art. 133.1 LC).

Como se deduce de lo anterior, la aprobación judicial de un convenio no es ni un acontecimiento casual ni un evento que pueda ocurrir dependiendo exclusivamente de la voluntad de las partes. Antes bien, se trata de un suceso sujeto a una gran incertidumbre. Esta pivota en torno a dos ejes: el primero es el elevado número de personas involucradas (en el supuesto más sencillo serán deudor, acreedores, juez del concurso y administración

⁵⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 404 y ss.

⁵⁸⁷ Se describen a continuación únicamente los trámites referentes a la propuesta ordinaria de convenio, no a la propuesta anticipada. Habida cuenta de que tal propuesta anticipada únicamente puede presentarla el deudor (art. 104 LC), está fuera de duda que su intervención es *condicio sine qua non* para que el convenio sea finalmente aprobado por el juez del concurso.

concurzal). El segundo es que la intervención de unos viene en muchos momentos determinada por la previa intervención de otros, de tal forma que si no se produce una determinada actuación (v. gr., la presentación de una propuesta de convenio), el *iter* no podrá proseguir.

De lo dicho hasta ahora se colige que nos encontramos ante una condición de tipo mixto. Ahora bien, cabe matizar aún más esta afirmación. El matiz que pretendemos introducir depende de si se considera prescindible la colaboración del deudor para que, si se dan todos los requisitos adicionales, se apruebe judicialmente un convenio. Con otras palabras, lo que debe analizarse es si resulta factible la aprobación judicial de un convenio cuando media oposición del deudor. *Prima facie*, la respuesta parece afirmativa, al menos respecto a la tramitación ordinaria del convenio: los acreedores (si reúnen la cuota de pasivo necesaria, v., art. 113.1 LC) pueden presentar propuestas de convenio, sin que sea necesaria la conformidad del deudor para su posible tramitación.

Sin embargo, un análisis más profundo del asunto lleva a rechazar que sea posible la aprobación judicial de un convenio contra la voluntad del deudor⁵⁸⁸. En primer lugar, porque no será posible confeccionar un plan de pagos (de necesario acompañamiento a la propuesta de convenio para su admisión a trámite, v., art. 100.4 LC) si no se cuenta con información financiera detallada sobre el deudor (para cuya obtención, huelga decir, será necesaria su cooperación)⁵⁸⁹. En segundo lugar, porque, si para atender al cumplimiento del convenio se prevé contar con los recursos generados con la continuación de la actividad profesional o empresarial, será necesario acompañar a la propuesta de convenio un plan de viabilidad (art. 100.5 LC), de inverosímil obtención si no media colaboración del deudor⁵⁹⁰. En tercer lugar —y es este un argumento de peso— porque el deudor

⁵⁸⁸ Que no cabe alcanzar un convenio si no es con la conformidad del deudor lo opinan también los profesores ROJO y BELTRÁN: «Contra la voluntad del deudor no es posible alcanzar el convenio. La decisión entre la solución convenida y la solución liquidatoria corresponde esencialmente al propio deudor, y no a los acreedores». V. ROJO, A., y BELTRÁN, E., «Comentario previo al Título V», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., p. 1850. V., también, CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., pp. 21, 31 y 69. También se pronuncia en este sentido HUALDE LÓPEZ, I., que afirma que «la preferencia teórica que la EM otorga a la solución de convenio queda contradicha por la escasa operatividad práctica que se deriva del articulado de la Ley si el deudor carece de una voluntad real de colaboración en favor de esta solución». V. HUALDE LÓPEZ, I., *La Fase de Liquidación en el Proceso Concursal: Apertura, Efectos y Operaciones de Liquidación*, Pamplona [Aranzadi], 2008, p. 39.

⁵⁸⁹ Recuerda CUESTA RUTE, J. M.^a que el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley Concursal ya advertía que la exigencia del plan de pagos es imposible de cohonestar con la iniciativa reconocida a los acreedores para presentar propuestas de convenio. V. *El Convenio Concursal*, cit., p. 51. El Informe se puede consultar en ROJO, A., y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pp. 3749 y ss. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que existe un deber de colaboración del deudor con la administración concursal que incluye el suministro de la información que pueda ser relevante de cara al interés del concurso, y cuyo incumplimiento puede acarrear la calificación del concurso como culpable (art. 165.2.º LC).

⁵⁹⁰ Especialmente si, como señala parte de la doctrina, el plan de viabilidad no solo debe referirse a los aspectos financieros de la continuación de la actividad, sino también a aquellos datos que permitan formular juicio acerca del entero plan de negocio de la empresa. CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 53.

puede vetar desde el inicio del procedimiento la posibilidad de que los acreedores presenten propuestas de convenio si solicita la liquidación (art. 113.1 LC). Finalmente, porque incluso una vez aprobado el convenio por la junta de acreedores el deudor está legitimado para oponerse a dicha aprobación o para solicitar la liquidación (art. 128.3 LC). No sorprende por tanto que se haya afirmado que, en realidad, la iniciativa para proponer un convenio corresponde de suyo al deudor⁵⁹¹.

En caso de aceptarse la tesis anterior (esto es, que es necesaria la cooperación del deudor para que se apruebe su convenio), puede avanzarse en el análisis de la condición, en el sentido de que no se trata estrictamente de una condición mixta, sino que se trata en realidad de lo que la doctrina civilista ha denominado una «condición casual con deber de actuar para que la condición se cumpla»⁵⁹². Este tipo de condiciones se caracterizan porque es necesario un deber de cooperación del deudor para que la condición dependiente de la voluntad de un tercero pueda cumplirse. Así, el acto derivado de la voluntad del deudor no puede determinar por sí solo la producción del evento condicionante, sino que se requieren elementos adicionales (en nuestro esquema, la admisión a trámite de la propuesta, su aceptación por la junta de acreedores, su aprobación judicial, etc.). Sin embargo, la falta de actuación del deudor basta para que el evento condicionante (i. e., la aprobación judicial del convenio) no pueda producirse, con lo que sería, por lo tanto, dicha actuación *condicio sine qua non* para el cumplimiento de la condición⁵⁹³. Esta dependencia entre dicho cumplimiento y el acto-presupuesto del

⁵⁹¹ V. CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, cit., p. 58. Este autor reseña también las principales razones que se han esgrimido en la doctrina para negar la conveniencia de que los acreedores puedan formular propuestas de convenio, aunque inmediatamente a continuación las estima poco convincentes: «[p]arece en primer lugar que el convenio como fórmula negociada de solución del concurso es más razonable que proceda de la iniciativa del propio deudor que, por conocer a fondo su verdadera situación patrimonial, está en mejores condiciones de perfilar un convenio con las mayores garantías de cumplimiento. Si el convenio prevé la continuación del propio deudor en la actividad que venía desarrollando como medio para pagar sus deudas, con mayor motivo será él quien pueda conocer las expectativas o las proyecciones razonables de generación de recursos de la actividad explotada por él mismo [...]. Finalmente, otorgar la iniciativa del convenio a los acreedores permitiéndoles presentar propuesta al margen del conocimiento de la actitud del deudor favorable hacia ello abre la posibilidad de que, mediante confabulaciones con los acreedores proponentes, el deudor consiga dilatar innecesaria y costosamente el procedimiento». El autor salva los argumentos anteriores aduciendo, en primer lugar, que «el convenio no es ni un beneficio para el deudor [...] ni tampoco el medio para conservar la empresa como un fin en sí mismo, sino que el convenio por definición debe ser un medio igualmente satisfactorio para el deudor y para los acreedores, de modo que [n]o hay ningún motivo para impedir que estos puedan manifestar esa preferencia por el convenio lo mismo que puede hacerlo el deudor. Por lo que respecta a la posible falta de información acerca de la situación patrimonial del deudor, afirma que, de rendirse por el deudor cabal información sobre su situación patrimonial, los acreedores estarán en condiciones de formular propuestas de convenio incluso con planes de pagos y, en su caso, de viabilidad con el suficiente grado de fiabilidad en su cumplimiento». *Ibíd.*, pp. 119 y 120.

⁵⁹² V. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., *La condición suspensiva en los contratos*, cit., pp. 83 y ss.

⁵⁹³ Uno de los ejemplos que cita la doctrina respecto a condiciones casuales con deber de actuar es precisamente «la obtención de un convenio con los acreedores en un expediente de suspensión de pagos —lo cual implica la incoación del expediente y el acuerdo de los acreedores». *Ibíd.*, p. 85. El autor citado extrae este ejemplo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 1995, por la que se deniega la inscripción de una dación en pago sometida a la condición suspensiva de que el cesionario incoara expediente de suspensión de pagos antes de terminar el año y

deudor es de gran relevancia a efectos de determinar la validez de la condición en cada caso concreto, como a continuación se verá.

6.3. La admisibilidad de la condición

En principio, nada obsta para la validez de la condición el hecho de que, en última instancia, su cumplimiento dependa de una actuación del deudor *de otro concurso*. Recuérdese, en efecto, que el deudor de otro concurso, por muy conexo o vinculado que esté, no es sino un tercero desde la perspectiva del cumplimiento de nuestra condición.

El problema surge en los casos de sociedades pertenecientes a un mismo grupo que tengan una dirección unitaria (identidad sustancial de los miembros del Consejo de Administración, etc.). En estos supuestos, podría darse el caso de que la voluntad (y, por ende, la actuación) de todos los deudores dependa en última instancia de una única persona (sea natural o jurídica), vulnerándose así la prohibición de que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor (art. 1115, en relación con el art. 1256, ambos del CC). Por citar un ejemplo, se trataría del caso en que en el concurso de la sociedad matriz se condiciona el convenio a la aprobación judicial del convenio de su filial, también en concurso y sobre la cual la primera ostenta un absoluto control. Si lo que hemos defendido hasta ahora es cierto (i. e., que es *condicio sine qua non* la actuación cooperativa de la filial para que su convenio se apruebe) y si la actuación de la filial está completamente controlada por la matriz hasta el punto de que pueden ser consideradas una unidad, veremos que puede surgir un problema, ya que la condición introducida en el convenio de la matriz podría ser considerada potestativa⁵⁹⁴ y, por consiguiente, nula.

Sin embargo, se trata de un problema en cuanto a doctrina más aparente que real. En efecto, la doctrina civilista ha afirmado que, cuando el Código Civil declara nulas las condiciones que dependan de la exclusiva voluntad del deudor (art. 1115 CC), lo que está haciendo en realidad es distinguir entre condiciones *puramente potestativas* (dependientes en exclusiva de la mera voluntad del deudor)⁵⁹⁵ y condiciones *meramente potestativas* (consistentes en actos exteriores del deudor). Según la tesis más difundida entre los autores, únicamente las primeras deben reputarse nulas⁵⁹⁶, de modo que en el

obtuviera convenio con los acreedores. Se argumentaba que la solicitud de suspensión de pagos dependía de la libérrima voluntad de una de las partes, «rechazándose que la efectiva obtención del convenio no dependía de esa exclusiva voluntad, porque en cambio bastaba para impedirla». Salvando las diferencias con el Derecho derogado, creemos que esta conclusión puede adaptarse al Derecho vigente.

⁵⁹⁴ Se habla de condiciones potestativas cuando su cumplimiento depende de la voluntad del deudor.

⁵⁹⁵ Se incluirían en esta categoría los actos del deudor que se producirían con una probabilidad del 100 % si aplica su voluntad y si los medios son fácilmente accesibles. V. LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., *La condición suspensiva en los contratos*, cit., p. 24.

⁵⁹⁶ Se superan así las tesis extremas como la de GESTERDING, que consideraba nula la obligación sometida a cualquier condición dependiente del deudor. V. GESTERDING, F. C., *Die Lehre vom Pfandrecht*, Greisfald, 1831, citado por LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., *ibid.*

ejemplo anterior la condición sería, en principio, válida y eficaz. Dicho esto, no puede ocultarse que el condicionamiento de la eficacia del convenio de una sociedad del grupo a la aprobación judicial del convenio de otra sociedad del grupo podría llegar a ser una maniobra para dilatar innecesaria y costosamente el primer procedimiento, por ejemplo cuando los gestores unitarios de ambas sociedades sepan que la condición jamás se va a cumplir (por ejemplo, porque tienen pensado solicitar la liquidación después de que la junta de acreedores apruebe la propuesta en el concurso referenciado, v., art. 128.3 LC).

7. La fase de pendencia

En tanto no se produce el evento condicionante, el convenio sometido a condición atraviesa una fase intermedia, que la doctrina considera como una situación de pendencia (*condicio pendens*). Dicha fase interina de eficacia debilitada puede terminar de dos formas: o bien cuando la condición se realiza (*condicio existens*), o bien cuando la condición se frustra o deviene imposible sobrevenidamente (*condicio deficiens*).

7.1. Duración

La primera cuestión que se nos plantea al respecto es cuál ha de ser la duración máxima de la fase de *condicio pendens*. Se trata de una cuestión de vital importancia en el contexto de los convenios condicionados, ya que si un convenio se demora excesivamente en devenir eficaz puede que este se torne inviable (por un cambio en las circunstancias de mercado, obsolescencia de los equipos, etc.). La doctrina se ha planteado la cuestión desde dos puntos de vista distintos. El primero de ellos pretende determinar si cabe fijar un plazo dentro del cual la condición haya de cumplirse. El segundo se pregunta por la solución que procede en el caso de que no se haya fijado plazo alguno.

Por lo que respecta a la libre fijación de un plazo, y por analogía con lo establecido para las obligaciones condicionadas (arts. 1117 y 1118 CC), parece que sí cabría fijar un plazo de tiempo en la propuesta condicionada de convenio, de forma que, de cumplirse la condición dentro de dicho término, el convenio quedaría purificado. De lo contrario, la condición debería reputarse frustrada. Tal es la solución que brinda la doctrina para las obligaciones sometidas a condición; solución respecto a la cual no apreciamos inconveniente para su traslado a los convenios condicionados⁵⁹⁷.

En el caso de que no se establezca plazo alguno, históricamente han existido dos posturas: a) la favorable a una espera indefinida (opción imperante en el Derecho romano) y b) la que aboga por el cumplimiento de la condición *en el tiempo que verosímilmente se hubiera querido señalar atendida la naturaleza de la obligación* (art. 1118 CC). Esta última es la que se ha impuesto finalmente, por ser la que más seguridad jurídica genera. El tiempo verosímil debe interpretarse conforme a la voluntad de las partes, de forma que sea adecuado a la

⁵⁹⁷ A favor de la posibilidad de introducir una precisión acerca de la duración máxima de la fase de *condicio pendens* se manifiesta también ROJO, A., argumentando que de esta forma se impide que las vicisitudes que puedan producirse en el otro o en los otros concursos prolonguen en el tiempo la incertidumbre propia de la fase de pendencia. V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1905.

naturaleza y función económica del negocio y a los intereses que las partes han querido reglamentar⁵⁹⁸.

Esta segunda opción es la única trasladable al concurso de acreedores, entendido como un mecanismo cuasi público de tutela *ex post* del crédito. Si el concurso se enmarca dentro de un procedimiento judicial es por la enorme relevancia que tiene de cara a la ordenación de los mercados y a la tutela de los acreedores. De permitirse la espera indefinida, el condicionamiento podría dar lugar a un intolerable alargamiento en el tiempo de los procesos concursales, hasta el punto de desvirtuar su esencia. Al estar condicionada la eficacia de un convenio a la aprobación judicial de otro u otros, el primero no desplegará sus efectos hasta que el último convenio resulte aprobado, de forma que *la terminación del primer concurso se liga indisolublemente a la finalización del último*⁵⁹⁹, con la consiguiente extensión de la duración del procedimiento concursal. El problema radica en determinar qué plazo es el que verosímilmente se hubiera querido señalar. Parece que tal determinación habrá de hacerse caso por caso, habida cuenta de la enorme disparidad que existe entre cada concurso (número de acreedores, incidentes de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, carga de trabajo de los juzgados, etc.). La dificultad se agrava por los diversos intereses en juego, ya que, mientras que los acreedores se verán perjudicados por la espera, el resto de deudores puede ver en tela de juicio su viabilidad si la condición se declara incumplida por transcurso de un tiempo excesivo.

7.2. El régimen de los concursos conexos durante la fase de pendencia

Habida cuenta de que, en tanto no se cumpla la condición, el convenio condicionado no deviene plenamente eficaz, durante la fase de pendencia seguirán vigentes todos los efectos de la declaración de concurso (por analogía con arts. 129.4 y 133.3 LC). Así, perdurarán durante esta fase las limitaciones que se hubiesen impuesto sobre las facultades de administración y de disposición del deudor (art. 40 LC), así como las restricciones que hubieran podido acordarse en materia de correspondencia, residencia y libre circulación (art. 41 LC en relación con el art. 1 LORC) y las limitaciones en el funcionamiento de los órganos del deudor persona jurídica (art. 48 LC). Continuarán también los efectos del concurso sobre los créditos (arts. 58 a 60 LC), y seguirán igualmente vigentes los efectos sobre las acciones individuales (arts. 50 a 54 LC), mientras se mantiene la paralización de las ejecuciones singulares (art. 55.2 LC).

Un problema concreto surge en relación con la paralización de las ejecuciones de garantías reales. Como es sabido, los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial (o a una unidad productiva de su titularidad) no pueden iniciar la realización forzosa de la garantía en tanto no se

⁵⁹⁸ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., tomo II, p. 415.

⁵⁹⁹ Son palabras de SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, cit., p. 217.

apruebe un convenio que no afecte al contenido de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 LC)⁶⁰⁰. La cuestión a dilucidar es si la aprobación de un convenio condicionado (aún no eficaz) levanta la suspensión de las ejecuciones de garantías reales. De la literalidad de la norma (que se refiere a la «aprobación» del convenio) parece extraerse que el hecho de que el convenio esté sometido a una condición suspensiva no impide que se ejerciten, desde la aprobación judicial del mismo, las acciones de ejecución. Sin embargo, no parece la solución más acorde con el espíritu de la norma, que sin duda fue redactada pensando que la aprobación judicial del convenio equivalía a su entrada en vigor. Por ello, puede defenderse que la aprobación de un convenio condicionado no constituye, en tanto no se cumpla la condición, una causa de cese de la paralización de las ejecuciones de garantías reales. Obviamente, los acreedores garantizados siempre podrán atenerse a la segunda causa del cese de la paralización (el transcurso de un año desde la declaración de concurso sin que se abra la fase de liquidación) para iniciar o reanudar la realización forzosa de las garantías.

Finalmente, durante la fase de pendencia tampoco cesarán las administraciones concursales (si hubiese varias) o la administración concursal común (si se hubiese procedido al nombramiento de un único órgano para gestionar los diversos concursos).

8. El cumplimiento de la condición

Con el cumplimiento de la condición comienza la eficacia del convenio condicionado. Habida cuenta de que dicha condición es la aprobación del convenio referenciado, el resultado práctico es que ambos convenios devendrán eficaces simultáneamente.

8.1. Momento en el cual debe entenderse cumplida la condición

La condición puede entenderse cumplida bien en la fecha de la aprobación judicial, bien desde que dicha resolución deviene firme. En principio, nada obsta para que la eficacia del convenio se someta expresamente a la firmeza de la resolución judicial aprobatoria del convenio referenciado⁶⁰¹. Ahora bien, en defecto de previsión expresa, parece conveniente entender que el convenio deviene eficaz desde la fecha de la resolución judicial aprobatoria, aunque esta no sea firme todavía (art. 133.1 LC), ya que de lo contrario la fase de pendencia se dilataría excesiva e innecesariamente.

Recuérdese que, en caso de admitirse a trámite el recurso de apelación contra la sentencia aprobatoria del convenio, el juez puede acordar la suspensión de los efectos del

⁶⁰⁰ Tras la Ley 38/2011, la paralización se extiende también a las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles; a las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad; y a las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución (art. 56.1, segundo inciso, LC).

⁶⁰¹ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1905.

convenio aprobado (arts. 133.1 y 197.5 LC). Si bien podría pensarse que esa suspensión anula el cumplimiento de la condición, no parece que sea la solución más adecuada. En efecto, dado que la suspensión se produce con posterioridad a la fecha en que el convenio comenzó a producir efectos, la condición debe reputarse cumplida a pesar de esa eventual suspensión posterior⁶⁰².

8.2. La (ir)retroactividad del cumplimiento. El problema de los convenios dilatorios

Surge también la duda de si el cumplimiento de la condición tiene carácter retroactivo o no. La normativa civil general establece el carácter retroactivo del cumplimiento en defecto de pacto (art. 1120 CC). La situación jurídica definitiva, que aparece en el momento de realización de la condición, se entiende referida al momento de la celebración del negocio (en nuestro caso, al momento de la aprobación judicial del convenio condicionado). La situación intermedia o provisional desaparece y se entiende borrada, como si nunca hubiera existido⁶⁰³. Sin embargo, no puede trasladarse sin más esta regla al ámbito concursal. Hacerlo implicaría que la eficacia del convenio comenzó cuando se aprobó judicialmente, no cuando se cumplió la condición.

Ahora bien, esta interpretación es problemática cuando en el convenio se han pactado esperas. Si, en el caso de que la condición finalmente se cumpliera, decidiésemos computar las esperas desde la fecha en que devino firme la resolución (y no cuando devino eficaz), estaríamos de facto restándole tiempo al deudor para cumplir el convenio.

Póngase, por ejemplo, que el convenio de A se aprobó judicialmente el 01.01.2010, condicionándose su eficacia a la aprobación judicial del convenio de B. En el convenio de A se pactaba una espera de 1 año para determinada clase de créditos. El convenio de B no se aprobó hasta el 30.06.2010. Si retrotraemos la eficacia del convenio de A al momento de su aprobación judicial (aplicación de las normas del Código Civil), A debería pagar estos créditos el 01.01.2011. Si, por el contrario, decidimos no iniciar el cómputo de las esperas hasta que el convenio de A devenga eficaz, dicho pago podría prorrogarse hasta el 30.06.2011.

Ahora bien, recuérdese que, como regla general, la Ley establece que el cómputo de las esperas comienza con la *firmeza* de la resolución que apruebe el convenio (art. 100.1 LC). El problema es que, cuando esta aprobación se somete a condición, su eficacia queda suspendida, pero no por ello deja de ser firme. Sea como fuere, parece que tanto la literalidad de la Ley (art. 100.1 LC) como la aplicación supletoria del Código Civil (art. 1120 CC) impiden entender que el cómputo de las esperas comienza cuando la condición se cumple, aunque la diferencia temporal suponga un perjuicio para el deudor. Sin embargo, si forzamos esta interpretación hasta el límite veremos que no es la correcta, pues conduce a resultados absurdos. La situación límite sería la siguiente: en el convenio

⁶⁰² *Ibíd.*

⁶⁰³ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., tomo II, p. 419.

de A (cuya eficacia está condicionada a la aprobación judicial del convenio de B) se pacta una espera de 6 meses, transcurridos los cuales la condición aún no se ha cumplido. Si optamos por abonar los créditos, estaríamos haciéndolo en virtud de un convenio ineficaz, esto es, sin título alguno. Si, por el contrario, decidimos no hacerlo y posteriormente la condición se cumple, se daría el absurdo de que el convenio se habría incumplido antes de ser eficaz. Es por ello que, a mi juicio, en supuestos de convenios condicionados la norma general sobre el cómputo de las esperas (art. 100.1 LC) debe entenderse inaplicable, e iniciarse dicho cómputo cuando el convenio devenga efectivamente eficaz, esto es, cuando se cumpla la condición.

9. El incumplimiento de la condición

Por último, deben analizarse las consecuencias de la *condicio deficiens*. Cuando la condición no llegue a cumplirse (bien porque se abra la liquidación en el concurso referenciado, bien porque transcurra el plazo de pendencia fijado para el cumplimiento de la condición), el convenio no llegará a ser eficaz (art. 1114 CC). No es que el convenio se incumpla, es que simplemente nunca llegó a ser eficaz (y por lo tanto nunca pudo siquiera incumplirse).

Nada dice la Ley Concursal al respecto. Dos serían, en principio, las alternativas: o bien convocar nuevamente a los acreedores para deliberar y votar sobre otras propuestas, o bien abrir directamente la fase de liquidación. La doctrina apenas se ha pronunciado al respecto. A juicio del Profesor ROJO, cualquier legitimado podría pedir la apertura de la fase de liquidación, y, si nadie la solicita, el juez debería decretarla de oficio⁶⁰⁴. La aplicación por analogía de la solución prevista para supuestos de incumplimiento del convenio parece, en efecto, lo más acertado. Volver a poner en funcionamiento toda la maquinaria procedimental para intentar aprobar un nuevo convenio dilataría demasiado la conclusión del procedimiento. Si la condición consistía en que se aprobasen judicialmente dos o más convenios en otros tantos concursos, bastará con que la condición se incumpla respecto a uno de ellos para entenderla incumplida en general.

El cumplimiento de la condición determina que el convenio condicionado pasa a ser plenamente eficaz, con todo cuanto ello conlleva. Así, cesarán en primer lugar algunos de los efectos de la declaración de concurso⁶⁰⁵, y quedarán sustituidos por los que eventualmente se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales de comparecencia, colaboración e información que competen al deudor (art. 42 LC). En segundo lugar, cesarán también, salvo excepciones, las administraciones concursales, en el caso de que hayan sido nombradas una para cada concurso o la

⁶⁰⁴ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1906.

⁶⁰⁵ Aunque la Ley diga que cesan «todos los efectos de la declaración de concurso», esto no es así. El comienzo de la eficacia del convenio incide sobre algunos de esos efectos y no sobre otros. V., al respecto, ROJO, A., «Art. 133. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2216.

administración concursal común, en el caso de que se haya nombrado un único órgano para el conjunto de los concursos conexos. Cada convenio seguirá así su camino, que culminará con su íntegro cumplimiento. De este modo, una vez que cada deudor estime íntegramente cumplido el convenio que le corresponde, presentará al juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento (art. 139 LC). Firme el auto de declaración de cumplimiento y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieran ejercitado, el juez dictará auto de conclusión del concurso (art. 141 LC), sin que este hecho deba afectar al resto de convenios vinculados.

10. Especialidades de la fase de convenio derivadas del condicionamiento de convenios

En principio, la tramitación de la fase de convenio en cada uno de los concursos conexos no reviste ninguna especialidad procedimental. El hecho de que las propuestas de convenio estén (recíprocamente o no) condicionadas no impide que la tramitación de cada una de ellas sea plenamente ordinaria, como en cualquier concurso «aislado». Dicho esto, sí que son planteables algunas variaciones en atención a lograr tres objetivos distintos. Por un lado, puede intentar conseguirse un mayor ahorro de costes y tiempo en la tramitación de la propuesta y el cumplimiento del convenio (si finalmente deviene eficaz). Por otro lado, son imaginables mecanismos destinados a asegurar el mayor nivel de información posible a los acreedores de cada una de los deudores conexos. Por último, debe aspirarse a lograr la mayor y más eficiente coordinación que sea posible entre los contenidos de los diversos convenios.

10.1. El informe de evaluación de la administración concursal sobre cada propuesta

Una vez admitida a trámite una propuesta, ha de darse traslado de la misma a la administración concursal para que emita un escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y, eventualmente, con el plan de viabilidad que la acompañe (art. 115 LC). La función principal de este informe de evaluación es de información⁶⁰⁶, ya que puede ser tomado en consideración por los acreedores de cara a la formación de la voluntad de aceptar la propuesta. Con el escrito de evaluación se ofrece a los potenciales aceptantes un juicio técnico sobre si es previsible que el convenio propuesto pueda ser cumplido (por el concursado y por el o los asuntos). También tendrá una innegable influencia en la oposición a la aprobación judicial del convenio.

En principio, el informe de evaluación ha de tener carácter individual. Así, la administración concursal debe emitir un informe por cada una de las propuestas de convenio admitidas a trámite, incluso aunque entre ellas existan mínimas diferencias (art.

⁶⁰⁶ ROJO, A., «Art. 115. Tramitación de la propuesta», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2037.

115.2 LC)⁶⁰⁷. Sin perjuicio de que se elabore un informe para cada propuesta, cuando estas contemplen la reorganización de un grupo y los ingresos generados como recursos para cumplir los convenios puede ser conveniente que el informe de la administración concursal abarque no solo cada propuesta individualmente considerada, sino que se ponga en relación con el resto de propuestas. Así, sin obviar el preceptivo informe individual sobre cada una de las propuestas, puede ser deseable que se elabore también un dictamen adicional sobre el conjunto de propuestas condicionadas y sus conjuntas perspectivas de futuro. Una vez más, se trata de una medida encaminada a reforzar la información de los acreedores.

10.2. Los planes de viabilidad

El plan de viabilidad es un documento que debe acompañarse a la propuesta de convenio cuando esta prevea, para hacer frente a los pagos, contar con los recursos que genere la continuación (ya sea total o parcial) del ejercicio de la actividad empresarial (art. 100.5-I LC). El plan de viabilidad debe especificar los recursos necesarios para el cumplimiento del convenio, los medios y condiciones para obtenerlos y, en su caso, los compromisos de terceros⁶⁰⁸.

En el caso de deudores conexos, especialmente de los grupos de sociedades, las interrelaciones económicas y organizativas entre ellos son a menudo esenciales para la supervivencia de cada uno. Cuando las actividades de cada miembro del grupo están tan integradas que de facto constituyen una única empresa, puede ocurrir que la alternativa que maximice el valor sea la continuidad de todo el grupo, por lo que el *test de viabilidad*

⁶⁰⁷ *Ibíd.*, p. 2039.

⁶⁰⁸ Como afirma el AJM 6 Madrid 15.4.2009, para ser tenido como bastante, se exige que el plan de viabilidad contenga, al menos, los siguientes elementos indispensables: a) plasmación del nuevo proyecto empresarial, sea coincidente en todo o en parte con el anterior, o no lo sea en absoluto; b) especificación de los objetivos y estrategias que van a constituir las distintas actividades de la empresa, con ponderación de las novedades o valor añadido que dicho proyecto empresarial oferta frente al resto de competidores del sector; c) naturaleza jurídica de los actos o negocios de comercio a desarrollar, así como de los elementos productivos, humanos o materiales, con los que se piensa contar; d) estudio de mercado relativo al sector empresarial en que se va a desarrollar dicha actividad y las zonas geográficas de dicho mercado, así como la ponderación de los ciclos de ingresos en relación con los periodos temporales analizados y las zonas geográficas analizadas; e) plan económico-financiero, entendiéndose por tal el análisis de las inversiones necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial, tanto se incluyan en el activo fijo como en el circulante, así como las fuentes de financiación propias —aportaciones de capital— o ajenas —financiación bancaria, etc.— con las que pretende contarse y el coste de dicha financiación ajena, exponiendo un examen de los ratios de endeudamiento durante los periodos temporales analizados y su evolución; f) proyección de ingresos por actividad empresarial que deberá guardar coherencia con el resultado del estudio de mercado y cuenta de resultados estimada para el negocio; g) proyección de los gastos de explotación de la actividad empresarial, en igual lógica coherencia con los parámetros antes indicados; h) estudio de los recursos humanos con que piensa contarse para el desarrollo de la actividad, distribución geográfica, variaciones en el tiempo, i) gestión de almacenes y *stocks* en actividades con grandes volúmenes de existencias y coste de los mismos; y j) cuentas de resultados y balances de situación empresarial de los ejercicios fiscales objeto del plan, así como una ponderación de las cuentas de tesorería, en cuanto elemento esencial para atender los pagos comprometidos con la continuación de la citada actividad.

*empresarial*⁶⁰⁹ (que determinará si la empresa debe continuar o ser eliminada) debería hacerse sobre el conjunto de sus miembros⁶¹⁰. Asimismo, es posible que la previsión tanto de la cuantía como del momento de la percepción de los ingresos no pueda hacerse de forma aislada sobre cada integrante del grupo, sino que dependa de variables que lo trasciendan y que dependan de la unidad económica que es el grupo.

Por estos motivos, en los supuestos de convenios condicionados que prevean para sus respectivos cumplimientos contar con los recursos generados por el ejercicio de sus actividades, debería admitirse la presentación de un *plan de viabilidad consolidado*. Ahora bien, dicho plan no puede en forma alguna consistir en un documento que haga exclusiva referencia al grupo considerado como unidad empresarial. Al contrario, debería contener apartados separados para cada una de las sociedades pertenecientes al grupo, pero el análisis de la viabilidad debería tener en cuenta la viabilidad del resto. Por ejemplo, debería contener las previsiones de ingresos de uno de los deudores no de forma aislada, sino en función de las previsiones de ingresos de los demás. En no pocas ocasiones, los flujos de bienes, servicios y caja serán recíprocos, hecho que favorece la elaboración de un análisis de la viabilidad a nivel grupal (sin descuidar, claro está, el análisis a nivel individual). En última instancia, se provee de mayor información a los diferentes agentes involucrados en el procedimiento, especialmente a los acreedores.

⁶⁰⁹ Recuérdese que el test de supervivencia empresarial ha dejado de ser retrospectivo (balance) para pasar a ser prospectivo (flujos de caja). Se trata de determinar si la empresa es o no es viable. Por eso hay que tener en cuenta que: (i) el test debe ser prospectivo y no retrospectivo. Lo que importa es que la empresa sea capaz de sobrevivir y eventualmente prosperar, y no lo que ha ocurrido hasta ahora; (ii) el test no debe basarse en el balance de la compañía ni en su cuenta de pérdidas y ganancias, sino en criterios de caja. Es decir, se trata de determinar si la empresa genera líquido suficiente para pagar sus deudas conforme van venciendo, y si podrá seguir haciéndolo en el futuro (test de liquidez). V. PETER, H. «Bankruptcy and Reorganisation Trigger Criteria: From a Retrospective (Balance Sheet) to a Prospective (Cash Flow) Test», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 33 a 38.

⁶¹⁰ EIDENMÜLLER señala que será especialmente el caso cuando los miembros del grupo hayan concluido contratos en condiciones favorables o dispongan de prerrogativas específicas no transferibles. V. EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», cit., p. 546. Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 125, llega incluso a afirmar que «[s]olo se comprende el verdadero alcance del artículo 101.2 LC si se pone en relación con el art. 100, que refiere que las propuestas de convenio deberán ir acompañadas de un plan de pagos y de un plan de viabilidad cuando los pagos que se prevea realizar sean consecuencia del mantenimiento de la actividad de la empresa. En concursos de sociedades de un mismo grupo es razonable pensar que los planes de pagos y de viabilidad se encuentren interrelacionados y que no sea posible el cumplimiento de un convenio si ha sido rechazado el convenio de otra de las sociedades del grupo —piénsese en que las quitas y esperas acordadas para una sociedad del grupo permitan generar recursos suficientes para el pago con el sobrante de las obligaciones de otras sociedades declaradas también en concurso—. Desde la perspectiva anterior, lo razonable será que la administración concursal, a la hora de evaluar las distintas propuestas de convenio vinculadas a sociedades de un mismo grupo, haya de realizar ese examen (art. 115.1 LC) partiendo de la viabilidad y el interés de todo el grupo, más allá de la viabilidad y razonabilidad de cada una de las sociedades que lo puedan integrar».

10.3. Las juntas de acreedores

Otro posible mecanismo de coordinación puede consistir en la convocatoria o celebración conjunta de las juntas de acreedores de cada concurso conexo⁶¹¹. De esta forma no solo se ahorran costes de dinero y tiempo, sino que se incrementa el nivel de información de los acreedores. La decisión acerca de convocar y celebrar las distintas juntas de acreedores compete en exclusiva a los jueces de cada concurso (art. 111, que se remite al art. 23 LC en cuanto a la publicidad que haya que darle). Naturalmente, si se han concentrado las competencias judiciales y es un único órgano jurisdiccional el que está conociendo de los diversos concursos, la coordinación a nivel de convocatoria y celebración de las juntas será factible. Por el contrario, si conocen de cada concurso órganos jurisdiccionales dispersos, tal coordinación será más improbable, por no decir imposible.

A la hora de tomar una decisión acerca de la coordinación de las juntas, el juez del concurso (presuponiendo que es único para todos los concursos conexos) debe sopesar exhaustivamente las ventajas e inconvenientes que ello conlleva. Entre los factores que deben ser tenidos en cuenta destaca la proximidad o cercanía de los acreedores al lugar de celebración de la junta. En efecto, si el pasivo de los diversos deudores se encuentra muy disperso geográficamente, la concentración de la celebración de las juntas puede suponer un gasto excesivo y desproporcionado para algunos acreedores. En el caso contrario, en cambio, la celebración conjunta permitirá un beneficioso ahorro de costes. Piénsese, por ejemplo, en el caso de acreedores que ostenten créditos a la vez contra varios de los deudores conexos. Estos acreedores se verán beneficiados por la concentración de las juntas, ya que solo tendrán que asistir una vez, en lugar de una vez por cada deudor. También habrá de procurarse que, salvo que una causa urgente así lo exija (por ejemplo cuando el retraso pueda causar un grave perjuicio a los interesados) que la celebración de la junta tenga lugar en un día hábil para el conjunto de los acreedores convocados, a fin de facilitar la asistencia de estos. Por ejemplo, si el pasivo de la sociedad A se encuentra mayormente localizado en Cataluña, y el pasivo de la sociedad B se halla básicamente en Madrid, no parece adecuado convocar la celebración de las juntas conjuntas en una fecha festiva exclusivamente en una de estas Comunidades Autónomas.

Si bien es cierto que, cuando el número de acreedores exceda de 300, podrá acordarse la tramitación escrita del convenio (art. 111.2, segundo inciso, LC), no es descartable la

⁶¹¹ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 26: «Con respecto a esos procedimientos, es posible que los intereses de los acreedores de los diferentes miembros del grupo sean divergentes y no puedan estar representados en un solo comité o junta. No obstante, en los casos en que la coordinación procesal afecte a muchas empresas de un grupo, establecer un comité de acreedores para cada miembro por separado podría resultar sumamente costoso e ineficiente para la administración de los procedimientos. Por esa razón, en algunos Estados los tribunales pueden decidir no establecer un comité para cada entidad del grupo sujeta a insolvencia en determinadas circunstancias. Esas circunstancias pueden darse cuando los intereses de los acreedores de las diferentes empresas del grupo no difieran y puedan ajustarse y quedar debidamente protegidos por un único comité o cuando las empresas afectadas del grupo tengan acreedores comunes [...]. Cuando no sea apropiado establecer un único comité de acreedores, convendrá facilitar la coordinación entre los diversos comités en los distintos procedimientos».

convocatoria de la junta de forma coordinada en el caso de concursos conexos, ya que los acreedores de A pueden ser sustancialmente los mismos que los acreedores de B (piénsese, por ejemplo, en que las dos sociedades tengan proveedores comunes). Resulta entonces más económico que la convocatoria sea común y que también sea común la celebración, incluso aunque de forma conjunta se superen los 300 asistentes (arts. 116 y ss. LC). Por ejemplo, que se celebre en el mismo lugar y en el mismo día (pero separando cuidadosamente las deliberaciones y las votaciones).

10.3.1. La convocatoria conjunta de la junta de acreedores

La junta la convoca el juez en el auto de apertura de la fase de convenio (art. 111 LC). Dado que los concursos se mantienen separados, tendrá que dictarse un auto de apertura en cada procedimiento, por lo que la convocatoria conjunta no parece posible. Ahora bien, téngase en cuenta que, en puridad, el juez ordena convocar, pero no procede directamente a la convocatoria de la junta, sino que se limita a establecer el lugar, el día y la hora de la reunión, así como la publicidad que haya de darse al edicto de convocatoria, que será competencia del secretario del juzgado⁶¹². En este último aspecto, por tanto, sí que cabría adoptar medidas coordinativas.

10.3.2. La celebración de la junta

Es posible también coordinar las celebraciones de las diversas juntas, de forma que se celebre una sola junta⁶¹³, aunque con ciertos requisitos. En primer lugar, el quórum de constitución habrá de computarse para cada deudor por separado (art. 116 LC). También la lista de asistentes tendrá que elaborarse individualmente para cada deudor (art. 119 LC). El motivo es que el quórum se computa y la lista se forma sobre la base del texto definitivo de la lista de acreedores, que será diferente para cada deudor, al no consolidarse las masas. En segundo lugar, también la deliberación y la votación han de hacerse por separado (art. 121 LC). Lo mismo sucede con las mayorías, que habrán de computarse sobre el pasivo de cada deudor (art. 124 LC).

Puede suceder que, cuando existan varios deudores vinculados y se hayan presentado múltiples propuestas para cada uno, la duración de la junta supere una jornada y las sesiones hayan de prorrogarse (art. 116.1 LC). Naturalmente, si el número de deudores y de propuestas que deliberar y votar es muy elevado, deberá replantearse la conveniencia y deseabilidad de concentrar las celebraciones de las juntas a fin de evitar que la duración de estas sea desmesurada.

Por último, recuérdese que existe el deber de asistencia de la administración concursal a la junta de acreedores. En el caso de que se haya nombrado un órgano común para los

⁶¹² ROJO, A., «Art. 111. Auto de apertura y convocatoria de la junta de acreedores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2003 y ss.

⁶¹³ Reconoce expresamente esta posibilidad ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 51.

diversos concursos, este deberá estar presente en la totalidad de las juntas. De lo contrario, cada administración concursal únicamente deberá estar presente durante la deliberación y votación de las propuestas relativas al concurso que le corresponde.

10.4. Las comisiones de acreedores

La Ley no menciona la figura de la comisión o comité de acreedores. Sin embargo, en los concursos «aislados» no existe inconveniente en que, en el propio convenio, se prevea su constitución y se le atribuyan funciones específicas (de entre las que pueden encomendarse a los administradores concursales hasta el íntegro cumplimiento del convenio, art. 133.2-II LC). El fundamento último radica en la autonomía privada. En estos casos, el convenio deberá determinar la composición y el régimen de actuación de la comisión de acreedores, así como la retribución y las funciones que se le atribuyan. Por lo general se tratará de un órgano convencional que actuará en régimen de colegialidad, con capacidad de auto-organización⁶¹⁴. Entre las funciones que se le pueden atribuir destaca la fiscalización o supervisión del cumplimiento del convenio. En este sentido, puede atribuirse a la comisión de acreedores la facultad de examinar la contabilidad, el derecho a recibir información periódica, la facultad de impartir instrucciones sobre el mejor modo de ejercicio de la actividad empresarial por el concursado, la facultad de autorizar determinadas operaciones, etc.

En supuestos de convenios condicionados, surge el interrogante de si cabría constituir una comisión «transversal» de acreedores, esto es, un comité integrado por acreedores de cada uno de los deudores vinculados cuyos convenios se encuentran condicionados. La función primordial en este caso sería, naturalmente, la de monitorizar el cumplimiento de los condicionamientos y la correspondiente entrada en vigor de los diversos convenios. También puede ser de utilidad de cara a proveer información acerca del estado de cumplimiento de los convenios, especialmente sobre los compromisos asumidos por ciertos deudores conexos en los convenios de otros.

10.5. Oposición a la aprobación del convenio

Por último, surge la cuestión de si el condicionamiento de convenios implica (o es susceptible de implicar) alguna especialidad en cuanto a la oposición a la aprobación de los mismos. Una primera hipótesis es la de que los acreedores del deudor A pretendan oponerse a la aprobación del convenio del deudor B sobre la base de que este les resulta perjudicial, estando ambos convenios recíprocamente condicionados. El fundamento de tal perjuicio podría ser, por ejemplo, que el convenio de B contemplase unas condiciones de pago más ventajosas (menores quitas o menores esperas) que el convenio de A, y se haya comprometido, además, el deudor A a realizar ciertos pagos a favor de B. Téngase en cuenta que aparentemente en este ejemplo los acreedores de B resultarían beneficiados en detrimento de los acreedores de A.

⁶¹⁴ V. ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., p. 1886.

Como quiera que esto sea, debe rechazarse la legitimación a los acreedores de uno de los deudores conexos para oponerse a la aprobación del convenio de otro de los deudores conexos, con independencia de que ambos convenios estén recíprocamente condicionados y de que existan compromisos de pago, recíprocos o no, en los mismos. En efecto, para oponerse a la aprobación del convenio solo están legitimados los acreedores de cada deudor (art. 128.1-II LC). Estos podrán oponerse a la aprobación del convenio que directamente les afecta, pero no a la aprobación de otro convenio, por muy vinculado que esté y cuya aprobación indirectamente les pueda afectar.

Ahora bien, los acreedores de cada deudor no pueden fundar la oposición al convenio en cualquier causa, sino exclusivamente en algunas. Por un lado, la oposición puede fundarse en la infracción de las normas sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, la constitución de la junta o su celebración (art. 128.1-III LC). Se ha señalado que la tasación de las causas de oposición al convenio debe reconducirse a sus justos términos (en el sentido de que solo las infracciones de normas legales referentes al contenido, a la tramitación y a la aceptación del convenio pueden fundamentar la oposición, aunque no todas ellas estén expresamente recogidas en el elenco de causas de oposición de la Ley)⁶¹⁵. Por otro lado, la Ley afirma que también es motivo de oposición el que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada, o los votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta, se hubieran emitido por quien no fuera el titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios (art. 128.1-IV LC). Sin embargo, esta alusión a la paridad de trato no parece justificar la oposición al convenio condicionado por perjuicio a acreedores de un deudor conexo⁶¹⁶. Esto es, la paridad de trato ha de entenderse referida a los acreedores de cada deudor, no a los acreedores del conjunto de los deudores.

Aparte de la oposición a la aprobación por estrictos motivos de legalidad, también puede, excepcional y restrictivamente, formularse oposición por motivos de oportunidad, cuando la propuesta de convenio sea objetivamente inviable. En estos casos, el juez tendrá que realizar un juicio de oportunidad sobre la viabilidad del convenio. Al respecto, hay que tener en cuenta que inviabilidad no es dificultad, ni siquiera gran dificultad. Rectamente entendido el término, inviable significa imposible. Además, debe ser imposible de manera objetiva en el contexto de las concretas circunstancias del

⁶¹⁵ V. DÍAZ MORENO, A., «Art. 128. Oposición a la aprobación del convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2145.

⁶¹⁶ En palabras de DÍAZ MORENO, A., *ibíd.*, p. 2155: «Típicamente, esta causa de oposición entrará en juego cuando algunos acreedores pacten entre ellos, o con el propio concursado, y al margen del convenio, la atribución de ciertas ventajas a cambio de prestar su adhesión o voto a una propuesta determinada. Cuando tal cosa sucede algunos acreedores obtienen beneficios —derivados de un acuerdo extraconcursal ilícito— que no alcanzan a los demás. De esta forma, aunque el convenio respete formalmente la paridad de condición entre los acreedores ordinarios, desde el punto de vista sustancial la igualdad de trato habrá desaparecido». Es necesario, así, un elemento de fraude para que pueda esgrimirse esta causa de oposición. No basta con un perjuicio objetivo.

deudor (es decir, que tampoco sería viable para otro deudor en las mismas condiciones económicas)⁶¹⁷. En estos casos, de nuevo, solo los acreedores de cada deudor podrán oponerse a la aprobación del convenio que les corresponda (art. 128.2 LC), sin que pueda admitirse la legitimación para oponerse al convenio de un deudor conexo.

11. Posibilidades de interrelación respecto al contenido de los convenios

Aparte de una entrada en vigor simultánea, los convenios de varios deudores conexos pueden coordinarse a nivel del contenido, ya sea el contenido esencial o el contenido postestativo. Aunque las combinaciones son prácticamente infinitas, se expone a continuación una muestra de las modalidades más representativas.

11.1. Interrelación en el contenido esencial del convenio

Como es sabido, el convenio debe imperativamente tener un contenido remisorio (quitas), dilatorio (esperas) o mixto (ambas) (art. 100.1 LC). Respecto de dicho contenido esencial rige el requisito de la determinación, esto es, debe concretarse el alcance de la quita o la duración de la espera. Sin embargo, pacíficamente se ha aceptado que basta con que las quitas y esperas sean simplemente determinables, siempre y cuando los parámetros para la determinación sean objetivos⁶¹⁸. Esta posibilidad puede trasladarse a supuestos de convenios condicionados, mediante el establecimiento de parámetros de determinación idénticos o interdependientes. Por ejemplo, en el convenio de A puede establecerse una quita del 10 % si el beneficio es inferior a 10 millones de euros, y del 20 % si es superior a esa cifra. Paralelamente, en el convenio de B se establecería una quita idéntica o un 5 % superior a la que se establezca en el convenio de A. En este caso, el porcentaje de la quita del convenio de B vendrá determinado por la quita que finalmente se aplique en el convenio de A. Recuérdese que, como ha reconocido

⁶¹⁷ *Ibíd.*, p. 2164. Con el adverbio «objetivamente», se muestra que el juicio sobre la inviabilidad no puede depender exclusivamente de la apreciación subjetiva del juez, sino que ha de hacerse derivar de datos y elementos basados en datos comprobables. La inviabilidad objetiva no se da solo cuando los términos del convenio sean tales que ningún deudor (sean cuales sean sus circunstancias económicas y personales) esté en condiciones de cumplir lo convenido, sino que los términos del convenio deben evaluarse teniendo en cuenta las condiciones económicas del deudor. Por eso, inviabilidad objetiva no puede equipararse a imposibilidad absoluta, sino, en todo caso, a imposibilidad relativa.

⁶¹⁸ Como señala ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», *cit.*, p. 1875: «Los parámetros para la determinación tienen que ser objetivos, bien internos (v. gr.: la cuota de mercado; la cifra de negocio; las ganancias que se obtengan), bien externos (v. gr.: el precio de la principal materia prima que utiliza la sociedad concursada; la evolución del sector en el que opere la sociedad concursada; el producto interior bruto). Así, por ejemplo, en un convenio que consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios, sin intereses, con tres pagos anuales idénticos, es posible pactar la constitución de una comisión de acreedores a la que, entre otras facultades, se le atribuya la de prorrogar los plazos de espera en el caso de que la cifra de negocios de la sociedad concursada en el primer ejercicio fuera inferior a 50.000.000 euros o de que las ganancias sociales no llegaran a superar en ese ejercicio la cifra de 2.000.000 euros, sin que en ningún caso la fecha de este último pago pudiera suponer una espera superior a cinco años a contar desde la firmeza de la resolución judicial aprobatoria del convenio».

expresamente la CNUDMI⁶¹⁹, no existe ningún problema con el hecho de que los acreedores de cada deudor cobren en más o menos que los acreedores de los demás deudores.

También puede pensarse en el establecimiento de «quitas escalonadas»⁶²⁰ o «quitas crecientes»⁶²¹ donde los tramos del crédito y los correspondientes porcentajes de las quitas sean uniformes en los convenios de todos los deudores conexos.

11.2. Interrelación en el contenido potestativo del convenio

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, la interrelación entre los convenios de concursos conexos será especialmente importante en lo referente al contenido potestativo de los mismos. En numerosas ocasiones, este contenido potestativo de los diversos convenios se incluirá con el fin de reestructurar un grupo (en tanto que unidad empresarial) en mayor o menor medida⁶²².

⁶¹⁹ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 149: «En ese plan o esos planes de reorganización, se deberá tener en cuenta la diversidad de intereses de los acreedores de distintas empresas del grupo, por lo que tal vez sea deseable que, en ciertos casos, se prevean tasas de reembolso distintas para los acreedores de distintas empresas del grupo».

⁶²⁰ En este tipo de quitas, se establecen distintos tramos en el importe de los créditos, y se aplica a cada tramo una quita diferente. V. ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., p. 1872 y el ejemplo que cita: «una quita del diez por ciento para el tramo comprendido entre 1.000 y 10.000 euros; una quita del veinte por ciento para el tramo comprendido entre los 10.000 y los 100.000 euros, y una quita del 30 por ciento para el tramo superior».

⁶²¹ En estos casos, el porcentaje de la quita está en función del importe total del crédito. De nuevo, el ejemplo de ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., p. 1872: «un convenio de quita del diez por ciento para los créditos ordinarios cuyo nominal fuera inferior a 10.000 euros, del veinte por ciento para aquellos que, superando esa cifra, fueran inferiores a 100.000 euros, y del treinta por ciento para aquellos que tuvieran un nominal superior a 100.000 euros».

⁶²² Téngase en cuenta que el término «reestructuración» es muy amplio y se emplea ordinariamente tanto en el lenguaje jurídico como en el económico para indicar genéricamente una reorganización (tanto estructural como económica o financiera), reparación, reconstrucción, o sistematización del activo o del pasivo patrimonial. La atención suele centrarse en las hipótesis en las que se corrigen aspectos jurídicos u organizativos de la empresa (transformaciones societarias, creación de un *holding*, fusión o escisión, etc.). Pero también existe reestructuración como tal cuando se interviene, con varios instrumentos técnicos o jurídicos, sobre elementos específicos de la empresa (por ejemplo, la sustitución de una cadena de montaje) o de un ramo de actividad de la misma (con operaciones jurídico-económicas). Por no hablar, además, del amplio campo financiero de la compañía, en el cual también se habla de reestructuración. La reestructuración no tiene por qué aparecer siempre vinculada a una crisis empresarial, sino que también puede venir vinculada a una fase de crecimiento de la empresa o incluso al transcurso ordinario de la misma. Las reestructuraciones ligadas al crecimiento de la empresa pueden venir motivadas por intenciones de modernización, informatización, externalización, internacionalización, ampliación de la gama de productos, acceso a nuevos mercados, etc. Ahora bien, una reestructuración ligada a una crisis empresarial vendrá habitualmente encaminada a solventar problemas de infracapitalización, desbalance patrimonial, falta de liquidez, excesivo endeudamiento a corto o largo plazo, etc. También pretenderá racionalizar los recursos disponibles (monetarios, tecnológicos o humanos) y optimizar en la medida de lo posible su uso. Así, en el mismo concepto terminan confluyendo diversos fenómenos, vinculados a una serie de eventos destinados a incidir, con distinto título y diferente modalidad, sobre la vida de la empresa y de la sociedad. Desde un cierto punto de vista, la reestructuración aparece no solo parece congeniar con la propia vida de la empresa, sino algo connatural a la misma. En efecto, es fisiológico que, en continuo devenir de la actividad de producción e intercambio, se proceda a modernizaciones periódicas, ajustamientos, mejoras,

11.3. Los convenios con asunción

En virtud de un convenio con asunción se transfieren a un tercero (el asuntor) bien el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a la actividad profesional, bien determinadas unidades productivas. El asuntor asume una doble obligación: por un lado, la de continuar la actividad profesional o empresarial «propia de las unidades productivas a las que afecte». Por otro lado, la obligación de asumir la totalidad o parte del pasivo concursal. La continuación debe ser de la misma actividad, aunque pueden introducirse las modificaciones que el nuevo titular considere necesarias o convenientes (art. 100.2-II y III LC)⁶²³.

Llama la atención (y se reputa positiva) la amplitud con que la Ley Concursal delimita la figura del asuntor, ya que se limita a exigir que se trate de una persona natural o jurídica (art. 100.2-II LC). Se ha admitido expresamente que el asuntor en un convenio con asunción sea una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad concursada⁶²⁴, cuando, por ejemplo, la matriz adquiera la totalidad o parte de las unidades productivas de la filial, y asuma la obligación de pagar total o parcialmente a sus acreedores y la continuación de su actividad empresarial o profesional. También será posible la asunción plural, esto es, que los asuntores sean varios miembros del grupo y bien asuman conjuntamente las obligaciones de continuación y de pago, bien asuman cada uno de ellos una continuación y un pago parcial de los créditos de los acreedores en función del establecimiento objeto de la adquisición respectiva.

El asuntor puede ser también una sociedad constituida ad hoc, esto es, con esta específica finalidad⁶²⁵. En una maniobra típicamente reorganizativa, es posible pues que dos sociedades (A y B) integrantes del mismo grupo opten por constituir una sociedad nueva (C) que sea el asuntor en los convenios de las dos primeras, haciéndose cargo, por ejemplo, de determinadas ramas de actividad.

El principal problema que plantea el convenio con asunción es el de determinar si se trata de una asunción liberatoria de deuda o de una asunción cumulativa, esto es, si el concursado queda liberado de aquella porción del pasivo, o si no se produce tal liberación y los acreedores concursales pueden exigir el pago tanto del concursado como del asuntor. Como la Ley no dice nada al respecto, habrá que estar al contenido del convenio. Si no se pacta nada en el convenio, hay que entender que existe una asunción

sobre todo con la finalidad de afrontar los numerosos y delicados problemas derivados del transcurso del tiempo, de la constante exigencia de innovación y de los asaltos de la competencia interna e internacional. V. ALAGNA, S., «Ristrutturazioni, globalizzazione giuridica e mercanti del diritto» en AA. VV.: *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, tomo II, p. 5.

⁶²³ Así lo señala ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., p. 1892.

⁶²⁴ V. PULGAR EZQUERRA, J., «Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa», *RDM*, núm. 266 (2007), p. 906.

⁶²⁵ V. ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., p. 1890 recuerda que no se exige una determinada antigüedad del asuntor.

cumulativa, y el asunto ingresa en la relación obligatoria de modo que se convierte en deudor conjuntamente con el concursado, el cual no queda liberado⁶²⁶.

El convenio con asunción es un mecanismo especialmente útil cuando en el grupo haya sociedades solventes, para que puedan incorporarse y participar en el convenio, ayudando así a la sociedad insolvente de que se trate a superar la crisis⁶²⁷.

11.4. La participación de otras sociedades del grupo como terceros comprometidos

Aunque, en rigor, solo serán terceros comprometidos cuando no sean a la vez acreedoras del deudor de cuyo convenio se trate (y esto no será muy habitual), la más autorizada doctrina entiende que incluso aunque sean acreedores (concursoales o contra la masa), pueden ser considerados terceros a efectos de la asunción de compromisos⁶²⁸. Entre los compromisos que pueden asumirse destacan las obligaciones de pago, obligaciones de

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 1893.

⁶²⁷ Tanto UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 43 como PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 828, señalan, en el caso del convenio con asunción, las ventajas de que el asunto sea un miembro solvente del grupo, ya que de esta forma se incluye a los miembros solventes del grupo en un convenio que abarque a todo el grupo (sin necesidad de declararles en concurso antes). Se cumplen así las recomendaciones de la CNUDMI en la materia. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 152: «En los párrafos 11 a 15 se examinó la posibilidad de incluir a una empresa solvente de un grupo en una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Se indicó que había que una empresa aparentemente solvente satisfaga, a raíz de una indagación detenida, el criterio de apertura previsto por riesgo de insolvencia inminente, siéndole por ello mismo aplicable lo dispuesto en la recomendación 15. Dicho riesgo no es inhabitual en el contexto de un grupo de empresas donde la insolvencia de una empresa puede muy bien dar lugar a la insolvencia de otra. Pero si ese riesgo no es inminente, lo normal es que una empresa solvente de un grupo no pueda participar en un plan de reorganización preparado para las empresas de ese grupo que sean objeto de un procedimiento de insolvencia. No obstante, pueden darse casos en los que convenga y sea viable cierto grado de participación, a título voluntario, de una empresa solvente de un grupo en un plan de reorganización. Esta participación de empresas solventes de un grupo no es, en la práctica, inusual. La empresa solvente puede, sin duda, facilitar la reorganización de otras empresas del grupo y quedaría vinculada contractualmente al plan si éste se aprueba y, si se requiere, se confirma. La decisión por la que una empresa solvente del grupo acepta participar en un plan de reorganización sería adoptada en el curso normal del negocio de dicha empresa, por lo que no sería necesario recabar el consentimiento de sus acreedores, salvo que lo exija el derecho interno aplicable de sociedades. Respecto de toda nota informativa que se adjunte a un plan en el que se haya incluido una empresa solvente del grupo, deberá obrarse con cautela al darse información acerca de dicha empresa». La recomendación n.º 238 insiste en ello: «El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa del grupo que no sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá participar voluntariamente en el plan de reorganización propuesto para dos o más empresas del mismo grupo que sí sean objeto de un procedimiento de insolvencia».

⁶²⁸ V. ROJO, A., «Art. 99. Requisitos formales de la propuesta de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1860: «Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de esta exigencia, la Ley utiliza el término de “tercero”; y, en rigor, los acreedores concursoales no pueden calificarse de terceros. Pero el término debe entenderse como equivalente al de cualquier persona distinta del proponente o de los proponentes, es decir, distinta del autor o de los autores de la propuesta. Habrá comprometidos que serán terceros en sentido técnico-jurídico —es decir, que serán personas completamente ajenas al concurso—; habrá comprometidos que serán acreedores concursoales; y habrá comprometidos que serán acreedores de la masa (v. gr.: sociedades del mismo grupo, que no sean acreedores concursoales, y que durante la fase común hubieran financiado, de uno u otro modo, la continuidad de la actividad empresarial de la sociedad declarada en concurso)».

prestar cualquier clase de financiación, obligaciones de prestar garantías reales o personales (piénsese, por ejemplo, en el afianzamiento recíproco), de suministrar materias primas o mercancías durante un determinado período y en determinadas condiciones, conceder una licencia de marca, etc. Téngase en cuenta que la Ley contiene una cláusula de cierre (art. 99.1-2.º LC: «cualquier otra obligación»), de modo que las posibilidades son muy amplias. Estos compromisos solo devendrán exigibles con el comienzo de la eficacia del convenio que, si bien en general coincide con la sentencia aprobatoria del mismo (art. 133.1 LC), pero en los convenios condicionados dependerá también de la aprobación del convenio referenciado. También pueden pactarse otras condiciones para la efectividad de ese compromiso: por ejemplo, un determinado nivel de ingresos del compromitente, de forma que le sea posible hacer frente económicamente al compromiso asumido, o el traspaso de cierto umbral de pérdidas por parte del deudor beneficiario que le hagan necesitar los compromisos asumidos, etc. Por ejemplo, que los terceros compromitentes puedan ser miembros del grupo no concursados y solventes que se comprometan como garantes de la viabilidad de los convenios de los miembros concursados. En última instancia, lo habitual será que estas sociedades participen como asesoras o consultoras en la elaboración del (o de los) convenio(s)⁶²⁹.

11.5. Los convenios con cláusulas de conversión de créditos en capital o en créditos participativos

Esta opción permite salvar la dificultad que supone que, en la mayoría de las ocasiones, los deudores conexos sean también personas especialmente relacionadas entre sí y, por tanto, acreedores subordinados, y carezcan, por ello, de derecho de voto (art. 122.1.º LC). Este aspecto es especialmente relevante en el caso de los grupos, dada la importancia que suele tener la deuda intragrupo, y puesto que el legislador no ha tenido en cuenta al regular el convenio en el seno de los grupos las relaciones entre las sociedades del grupo o el papel que la sociedad dominante podría desempeñar en el cumplimiento del convenio⁶³⁰. Ahora bien, admitida expresamente la facultad de los acreedores subordinados de aceptar propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o créditos participativos (art. 134.1-2.º LC en relación con el art. 102 LC), se permite a sociedades pertenecientes al grupo —que se encontrarían en posición crediticia subordinada por su proximidad con el deudor (arts. 92-5.º en relación con art. 93.2-3.º LC)— mutar su condición de acreedor en accionista mediante la conversión de la deuda en recursos propios, integrándose la subordinación de la deuda intragrupo con la posibilidad de su conversión en fuente de financiación propia. Así, poniendo en conexión el tratamiento de los convenios condicionados en el seno del grupo con los posibles contenidos alternativos, nada obstaría para que se condicionase en

⁶²⁹ Esta posibilidad fue expresamente reconocida por la Comisión para la Reforma del Derecho concursal alemán (*Kommission für Insolvenzrecht*) como una excepción a la estricta negativa de regular el concurso de grupos. Así lo recuerda UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., p. 42.

⁶³⁰ V. PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 478

este marco la aprobación del convenio a que un determinado porcentaje del pasivo se adhiera a una de las propuestas alternativas, por ejemplo, a la de capitalización con el fin de asegurar el mayor volumen posible de recursos propios⁶³¹.

11.5.1. Conversión de créditos en capital

La conversión puede ser total o parcial (la totalidad del crédito se convierte en capital o solo una parte del mismo es sustituido por acciones, participaciones o cuotas sociales). En el primer caso, el acreedor dejará de ser acreedor y pasará a ser socio de la sociedad. En el segundo caso, si existe quita respecto de la parte del crédito que no es objeto de conversión, el acreedor perderá la condición de tal. Si no existe quita (o si es por una parte inferior a la que se convierte), el acreedor continuará ostentando esta condición aunque con un crédito menor. Como el acreedor que convierte los créditos en capital deja de ser acreedor para pasar a ser socio por parte o por la totalidad del crédito, se exige el consentimiento expreso de este, es decir, se exige que el acreedor opte expresamente por la conversión. La capitalización únicamente puede ser pactada como contenido alternativo del convenio (art. 100.2 LC).

Es común el supuesto en que la viabilidad conjunta dependa de que en uno o varios de los convenios la deuda se transforme en capital (art. 100.2-I LC)⁶³². Por ello, una alternativa recurrente en los concursos de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo es la capitalización de créditos, de forma que los créditos recíprocos entre sociedades se transformen en participaciones recíprocas⁶³³. Cuando la conversión de determinados créditos en capital sea decisiva para la viabilidad del convenio y el futuro de la sociedad en cuestión (con la consiguiente repercusión sobre el futuro del grupo en su conjunto), el condicionamiento de convenios puede ser una útil herramienta.

Por último, en los casos de conversión de créditos en capital, el cumplimiento del convenio exige que la sociedad acuerde el aumento del capital social en la medida necesaria. Si no se adopta el acuerdo o los administradores sociales no lo ejecutan, podría solicitarse la declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.1 LC). Naturalmente, deberán observarse las normas legales establecidas para esta clase de aumentos del capital social.

⁶³¹ *Ibíd.*, p. 479.

⁶³² No existe inconveniente alguno en que, como contenido alternativo del convenio, se establezca la posibilidad de que todos los acreedores o los pertenecientes a una o varias clases conviertan los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales. Pero debe entenderse prohibido aquel convenio en el que la conversión se establezca como la única solución posible para todos los acreedores o para los de una o varias clases. La conversión es siempre una facultad del acreedor, que este puede ejercitar si lo considera conveniente (art. 102); pero no se puede imponer esa conversión sin la voluntad individual del titular del crédito. V. ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», *cit.*, p. 1884.

⁶³³ La importancia de las propuestas de capitalización de créditos en concursos conexos la subraya SEBASTIÁN. V. SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, *cit.*, p. 220.

11.5.2. Conversión en créditos participativos

Al igual que ocurre con la conversión de créditos en capital, la conversión en créditos participativos no puede ser el contenido único del convenio. Es necesario que esta sea una de las alternativas posibles, de forma que se ofrezca a los acreedores la facultad de optar entre ellas. Ahora bien, como la conversión no altera la naturaleza del crédito (lo que altera es la modalidad), es posible que el convenio determine que en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección por parte del acreedor, el crédito se convierta automáticamente en crédito participativo. Puede entonces prescindirse del consentimiento expreso⁶³⁴.

11.6. Convenios que prevean modificaciones estructurales

Esta alternativa (a la cual alude incidentalmente el art. 100.3 LC) conlleva la necesidad de conciliar el procedimiento concursal con los fundamentos y el *iter* procedimental de las modificaciones estructurales, lo cual no siempre es sencillo⁶³⁵. No faltan voces que afirman que estas dificultades interpretativas justifican en gran medida el escaso uso que de tales fórmulas se ha hecho hasta el momento en el marco de los procedimientos concursales⁶³⁶.

⁶³⁴ V. ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., p. 1889.

⁶³⁵ En palabras del profesor BELTRÁN: «La circunstancia de que las dos instituciones —modificación estructural y concurso de acreedores— cumplan funciones diferentes implica que sean *independientes* y, por tanto, *compatibles* en las dos direcciones posibles: *una sociedad puede ser declarada en concurso de acreedores mientras participa en una operación de modificación estructural* (arts. 1 y 5.1 LC) y *una sociedad puede participar en una operación de modificación estructural aun cuando se encuentre en situación de concurso de acreedores* (así, art. 100.3 LC)». Este reduce los grupos de casos de las operaciones posibles a tres grandes categorías: (i) la sociedad transmite íntegramente su patrimonio por sucesión universal (fusión, escisión total y cesión global), (ii) la sociedad transmite una parte de su patrimonio por sucesión universal (escisión parcial o segregación) y (iii) la sociedad adquiere un patrimonio por sucesión universal (sociedad absorbente en una fusión o en una escisión o cesionaria de una cesión global). V. BELTRÁN, E., «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo L (2009/2010), pp. 164 y 165.

⁶³⁶ Tampoco es una cuestión que haya acaparado excesivamente la atención de la doctrina. Así, se han ocupado del tema PULGAR EZQUERRA, J. «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril», *Diario La Ley*, núm. 7265 (2009); LARGO GIL, R., «La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal», en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho concursal en homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Madrid [Marcial Pons], 2007, pp. 2135 a 2154; de la misma autora, «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)», *RCP*, núm. 9 (2008), pp. 87 a 116; MUÑOZ PÉREZ, A. F., «¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?», *RCP*, núm. 3 (2005), pp. 327 a 329; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., «Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capitales en liquidación societaria o concursal», en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, pp. 4805 a 4825 y, sobre todo, BELTRÁN, E., «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», cit., pp. 157 a 183.

12. El incumplimiento de uno o varios de los convenios condicionados ya eficaces

En el supuesto de que, una vez aprobados todos los convenios (i. e., cumplidas todas las condiciones) hubiesen todos ellos devenido eficaces y comenzado a cumplirse, puede producirse el incumplimiento de uno de ellos⁶³⁷.

12.1. El incumplimiento del propio convenio por parte de uno de los deudores vinculados

Desde el punto de vista de la eficacia de los demás convenios, la respuesta es sencilla: no ocurrirá nada. En efecto, dado que el evento condicionante de la eficacia del convenio sometido a condición es la aprobación judicial de uno o más convenios, dicha eficacia no decaerá en caso de que dichos convenios se declaren posteriormente incumplidos. Cuando la declaración de incumplimiento tenga lugar, la condición ya se habrá cumplido, por lo que este evento posterior no afecta a la eficacia del convenio⁶³⁸. En este sentido, el condicionamiento de convenios tiene una notable ventaja respecto a la solución del convenio único en caso de concursos vinculados. En efecto, si el convenio es único y resulta incumplido, dicho incumplimiento afectará a todos los deudores sometidos al mismo. En cambio, la posibilidad de condicionar los convenios a la aprobación judicial de otro u otros implica que, aunque posteriormente uno o varios convenios se declaren incumplidos, esta vicisitud no afectará por sí sola a la supervivencia del resto de convenios.

Otra cuestión distinta es la repercusión indirecta que la declaración de incumplimiento de uno de los convenios y la consiguiente liquidación de la sociedad afectada puedan tener sobre el resto de deudores conexos, especialmente en el caso de los grupos. La liquidación de un elemento del grupo puede tener un efecto dañino sobre el resto del grupo, ya sea en cuanto a su *reputación*, en cuanto a su *viabilidad*, ya en cuanto a su *desestabilización*⁶³⁹. Así, las interrelaciones económico-organizativas entre las sociedades del grupo pueden eventualmente implicar que la liquidación de una de ellas determine la imposibilidad de cumplir otro u otros convenios. Estaríamos entonces ante supuestos de incumplimientos en cascada o por el efecto dominó. Así sucedería, por ejemplo, si la sociedad A entra en liquidación y suspende su actividad, la sociedad B (complementaria en la cadena de creación de valor) puede verse abocada a incumplir el convenio por no contar con el proveedor/cliente que era A (en el bien entendido de que se contase con los recursos derivados de la continuación de la actividad para hacer frente al

⁶³⁷ Ante el incumplimiento del contenido del convenio concursal, como ante cualquier incumplimiento de obligaciones asumidas, el ordenamiento ofrece como instrumento de tutela de los acreedores la posibilidad de solicitar del juez la declaración de incumplimiento (art. 140.1 LC). Acerca de la declaración de incumplimiento del convenio concursal, v. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, cit., pp. 235 a 296.

⁶³⁸ V. ROJO, A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», cit., p. 1905.

⁶³⁹ MEVORACH, I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 156.

cumplimiento del convenio, art. 100.5 LC). Téngase en cuenta que, en este caso, la causa última del incumplimiento del segundo convenio no será el incumplimiento del primero, sino circunstancias estrictamente económico-financieras. No se trata pues de una consecuencia legal.

12.2. El incumplimiento por parte de un deudor conexo de los compromisos adquiridos en los convenios del resto

También puede suceder que, cuando uno de los deudores sea incapaz de hacer frente a su propio convenio, no solo este sea declarado incumplido, sino que la incapacidad financiera acabe afectando también al cumplimiento de uno de los convenios vinculados. Así ocurrirá cuando uno de los deudores figure como tercero comprometente o asuntor en alguno de los convenios condicionados. Si dicho deudor se revela incapaz de hacer frente a los compromisos asumidos en virtud de su propio convenio, es de esperar que también lo sea para hacer frente a los compromisos adquiridos en terceros convenios. Por ejemplo, si A hubiese asumido la continuación total o parcial de la actividad empresarial o profesional de B y el pago de los créditos de sus acreedores (convenio con asunción, art. 100.2 LC), o si A se hubiese comprometido a prestar garantías o financiación a B (art. 99.1.2.º LC), por ejemplo, para financiar el plan de viabilidad (art. 100.5 LC). En estos casos, el incumplimiento no proviene del deudor, sino de un tercero involucrado en el cumplimiento del convenio (en los dos últimos casos, los terceros son *auxiliares del cumplimiento del convenio*)⁶⁴⁰.

Nos encontramos así con el problema de la autoría del incumplimiento del convenio. Ciertamente, cuando el incumplimiento es del deudor, no se plantean problemas especiales⁶⁴¹. Sin embargo, cuando dicho incumplimiento proviene de un tercero distinto del deudor (en este caso, terceros comprometentes o asuntores, aunque también podría provenir de los administradores concursales o de la comisión de acreedores, si se les hubiesen encomendado determinadas funciones hasta el íntegro cumplimiento del convenio) surge la duda de si el convenio debe reputarse igualmente incumplido. La respuesta ha de ser afirmativa: es indiferente la autoría que determine el

⁶⁴⁰ La expresión la acuña ROJO, A., «Art. 140. Incumplimiento», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2279 a 2281, que propone como alternativa considerar que el convenio es entonces un negocio jurídico tripartito. Contempla específicamente el supuesto del incumplimiento del convenio por los comprometentes, esto es, aquellas personas que hubieran asumido en el convenio compromisos de pago, de financiación, de prestación de garantías o cualesquiera otros (art. 99.1-II LC). Así, por ejemplo, cuando la sociedad dominante de la sociedad concursada se obligó a suscribir y desembolsar un aumento del capital social de esta, y, llegado el momento, no lo hizo; o cuando en casos de convenio con asunción el asuntor no paga la parte de los créditos concursales cuyo abono hubiera asumido.

⁶⁴¹ Es indiferente que entre la fecha de aprobación judicial del convenio y la fecha en que tiene lugar el incumplimiento haya tenido lugar una transformación de la forma jurídica del deudor convenido, ya que la transformación no afecta a la continuidad de la persona jurídica convenida). También es indiferente que la sociedad concursada se haya extinguido como consecuencia de una fusión (por absorción o por creación de una nueva entidad), ya que la sociedad resultante sigue estando obligada al cumplimiento del convenio. ROJO, A., «Art. 140. Incumplimiento», cit., p. 2270.

incumplimiento⁶⁴². Así, puesto que no es necesario que el incumplimiento deba provenir del deudor, cualquier incumplimiento, con independencia de su autoría o causa, puede servir de base para su declaración judicial⁶⁴³. Una vez solicitada y acordada la declaración de incumplimiento (art. 140 LC), se declarará de oficio la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1-5.º LC), pero solo respecto del deudor cuyo convenio haya sido incumplido⁶⁴⁴.

⁶⁴² También hay que tener en cuenta que la imputabilidad del incumplimiento es completamente irrelevante en Derecho concursal. Lo relevante es la falta de cumplimiento, no la causa de este. Da igual que se trate de un incumplimiento voluntario o de un incumplimiento que radique en el caso fortuito o en la fuerza mayor.

⁶⁴³ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, cit., p. 260.

⁶⁴⁴ Sobre la declaración judicial de incumplimiento del convenio como supuesto de apertura de oficio de la fase de liquidación, v. BELTRÁN, E., «Art. 143. Apertura de oficio de la liquidación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2322 y 2323.

CAPÍTULO IX. LA LIQUIDACIÓN EN LOS CONCURSOS CONEXOS

I. Consideraciones generales

El fundamento para coordinar las liquidaciones de varios deudores conexos es esencialmente el mismo que para coordinar sus convenios. De ahí que la sección dedicada a la coordinación de las liquidaciones sea más breve que la sección referida a la coordinación de los convenios. En gran medida podemos remitirnos a lo dicho en las páginas que anteceden. Mediante la coordinación de las liquidaciones de varios deudores conexos pretendemos, una vez más, aprovechar las sinergias positivas que existan entre los deudores de cara a maximizar el valor conjunto de sus respectivos patrimonios para así lograr una mayor satisfacción de los acreedores de unos y otros. Un ejemplo típico de lo anterior sería el caso de dos deudores, propietarios respectivos de dos fincas adyacentes de una determinada extensión. Si fuesen vendidas conjuntamente, la extensión total sería suficiente, por ejemplo, para obtener la licencia de coto de caza. Vendidas por separado, en cambio, carecerían de la extensión necesaria y su valor sería consecuentemente menor. Una venta conjunta lograría un mayor valor de realización y, en consecuencia, una mayor satisfacción de los acreedores de uno y otro⁶⁴⁵.

Téngase en cuenta que no nos referimos a una liquidación conjunta que implique la unificación de las masas activas y pasivas. Ni siquiera nos referimos a una liquidación que unifique únicamente las masas activas. Al contrario, se trata de un concepto más abierto y flexible que persigue la posibilidad de enajenar conjuntamente bienes pertenecientes a diferentes deudores, aunque dichos bienes no representen más que una parte (más o menos relevante) del patrimonio de aquellos.

II. La visión «gestional» de la liquidación concursal

La posibilidad de coordinar las liquidaciones que aquí se defiende puede considerarse heredera del nuevo concepto de liquidación, más versátil y moderno, que ve en la misma, junto con la realización de su valor, una simultánea administración o gestión de la masa activa. La visión «gestional» de la liquidación reconoce a esta no solo (y no tanto) una función disgregadora o dispersiva de los valores de los bienes aisladamente considerados, sino también (y sobre todo) una función conservativa y reasignadora del valor de la empresa considerada en su conjunto. Esta visión de «salvaguarda» de la liquidación ha de traducirse necesariamente en una ampliación y una reconfiguración de

⁶⁴⁵ Se ha puesto también el ejemplo de dos sociedades, pertenecientes al mismo grupo, que produzcan partes de un único producto final (v. gr., caramelos y envoltorios). En el caso de que, abocadas ambas sociedades a la liquidación, tuviesen en los respectivos almacenes abundantes stocks de productos semiterminados, la venta conjunta de dichas existencias generaría previsiblemente un mayor valor que la venta separada de las mismas. V. GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 116.

la técnica liquidatoria⁶⁴⁶, que la distancie de la clásica concepción que veía en ella «un destructor de valor de la peor calaña y por añadidura la opción más cara a nivel procedimental»⁶⁴⁷.

La Ley Concursal española se hace eco de esta tendencia al indicar expresamente la preferencia por una transmisión de la empresa en su conjunto o en bloque, por lo que se convierte en un verdadero «instrumento de conservación dinámica del complejo organizado de bienes y personas» que viene a ser un fenómeno empresarial. Es cierto que, como regla general, es razonable asumir que la suma de los valores de realización separada de los patrimonios de los distintos deudores conexos es prácticamente idéntica al valor de realización conjunta de dichos patrimonios; pero especialmente cuando se trata de la venta de una empresa en funcionamiento (*as a going concern*), esto puede no ser así⁶⁴⁸.

La liquidación unitaria, en bloque, como un todo o en globo frente a la liquidación fragmentaria de los activos, es una manifestación del principio de conservación de las empresas o unidades productivas del concursado. Sin embargo, la venta global de la empresa favorece generalmente también a los acreedores, dado que el valor de una empresa en funcionamiento es en principio superior a la suma del valor de sus elementos individuales y pueden obtener más dinero para repartir que en caso de liquidación aislada de sus componentes⁶⁴⁹. Por eso, puede afirmarse que la coordinación de las liquidaciones es susceptible de incrementar la satisfacción de los acreedores, esto es, de servir al interés del concurso.

⁶⁴⁶ V. PERRINO, M., «La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione», en AA. VV.: *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, tomo II, p. 726. En algunos Ordenamientos, como el alemán, no existen normas que demuestren un especial interés en el mantenimiento de la empresa como unidad funcional en la liquidación. Por ello, no faltan voces que afirmen que la coordinación es (prácticamente) irrelevante en sede liquidatoria, argumentando que, dado que el objetivo principal de la liquidación concursal es la realización de los elementos de que se compone la masa activa, es indiferente que estos se encuentren o no dispersos. Se defiende que, contrariamente a lo que sucede con el convenio, la liquidación no se erige sobre proyecciones o pronósticos económicos acerca de la viabilidad de la continuación de la actividad empresarial. Así, por ejemplo, GRAU, C., en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 6.

⁶⁴⁷ JÄGER, E., *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, 8.ª edición, Berlín, 1932, p. 216: «der Konkurs [Liquidation] ein Wertvernichter schlimmster Art und obendrein das teuerste Schuldentilgungsverfahren ist». Citado por GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p.116.

⁶⁴⁸ V. PAULUS, C. «Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 825: «As a general rule, it is fair to assume that the sum of proceeds from each group member’s piecemeal liquidation sales is about equal to the sum of proceeds from one collective liquidation sale. However, the advantage of transparency and clarity of two person–relationships is not as important when the sale of a going concern is at stake (whereby “going concern” in the present context means the added value of the group as a whole, or at least certain parts of it)». Esto lo afirma en apoyo a su crítica a la visión tradicional del principio de separación, basada en una visión estrictamente bilateral (deudor-creedor).

⁶⁴⁹ V. SIERRA, E., «La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa», *ADCo*, núm. 24 (2011), p. 51: «La existencia de un patrimonio organizado con actividad de empresa supone un activo inmaterial adicional».

III. Liquidaciones coordinadas y Ley Concursal

La Ley Concursal española no contiene previsión expresa alguna al respecto. Ello no obsta para que, aisladamente, se haya defendido la posibilidad *de lege lata* de coordinar las liquidaciones⁶⁵⁰. También existe algún precedente en la práctica jurisdiccional⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ En este sentido parece que se pronuncia GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», cit., p. 173. También admite la liquidación conjunta, aunque solo en casos de confusión patrimonial, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «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. 148 y 149. Por su parte, GARNICA MARTÍN, J., en «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., pp. 293 y 294, afirma que las *liquidaciones se pueden coordinar, pero no confundir*. Este último autor considera que la liquidación conjunta es «algo inadmisibles, una verdadera aberración jurídica que comportaría la conculcación de los principios más esenciales de la responsabilidad patrimonial por deudas». Entendemos que la crítica se refiere a los supuestos de unificación de las masas, y no a los casos en los que (como aquí) se defiende la separación de las respectivas masas activas y pasivas. También LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 264 se muestra a favor de la liquidación coordinada: «En este caso procederá contemplar la alternativa de la realización de forma unitaria de la empresa, conforme a la preferencia que el legislador apuntó en el artículo 149 de la Ley Concursal y, para ello, podría ser razonable la confección, también, de un plan de liquidación conjunto de los concursos de todas las sociedades del grupo, con el respaldo legal ya mencionado: la Ley no lo prevé, pero tampoco lo prohíbe. Lo mismo cabría decir respecto de posibles unidades de producción cuyos componentes se encuentren repartidos entre varias de las concursadas y no sea aconsejable su escisión. Las ventajas que se pueden obtener de una liquidación conjunta cuando el grupo ha tenido una actividad cohesionada, parece indicada para mantener el tejido industrial y conservar el empleo».

⁶⁵¹ Así, el AJM 1 Bilbao 30.3.2007, donde, tras analizar las diversas ofertas realizadas y valorar la más provechosa para todos los intereses concurrentes, se acuerda la venta directa de todos los activos de las sociedades concursadas de un grupo: «nos encontramos ante una empresa, o mejor grupo de empresas, de artes gráficas, especial por su carácter estratégico. La concursada, como pieza esencial del que podría denominarse GRUPO L. de impresión, se dedica junto con V., S. L., U., SAL. y C., S. L., a la impresión de documentos de seguridad para las entidades bancarias, esencialmente libretas y cheques personalizados, con un alto nivel de exigencia en el producto que facilitan a sus clientes, que por razones obvias, no puede ser fácilmente reproducible, al sostenerse en ellos numerosas operaciones económicas, crediticias y financieras. Estas empresas tienen centros de trabajo en Bizkaia, Madrid y Barcelona. Pocas empresas en España se dedican a esta clase de negocio, lo que quizá explique el inusual interés en el destino de la maquinaria, los trabajadores cuya experiencia es difícilmente reemplazable, su *know-how* y fondos de comercio, ya que a lo largo de la fase de liquidación se han formulado hasta cuatro ofertas, aunque algunas de ellas sean complementarias. Para resolver esta cuestión hay que tener en cuenta que la Ley Concursal emplea en los artículos 100, 148 y 149 categorías semejantes a las que cita el artículo 44.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, es decir, empresa, centro de trabajo y unidad productiva. El concepto de empresa puede entenderse, atendiendo al artículo 149 de la Ley Concursal como el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad, que es susceptible de transmisión. Centro de trabajo es aquella parte de la empresa con autonomía organizativa por contar con un poder de dirección y unidad productiva aquella parte que disponga de autonomía de producción. Hay que recordar que fue precisamente la administración concursal la que, tras declararse L., S. L. en concurso voluntario, recomendó que se instara también el concurso de las sociedades participadas, V., S. L. y U., SAL., que de manera conjunta se tramitan en este mismo juzgado. Estamos pues ante el concepto de empresa al que aluden las normas citadas, al margen de que puedan existir tres centros de trabajo diferentes, que a su vez se amparan en una personalidad jurídica específica para cada uno de ellos, coincidente por otro lado con las unidades productivas de Bizkaia, Barcelona y Madrid. La unidad en la gestión del negocio, la participación no solo en la composición social, sino en el proceso de producción, pues hay cedidos activos de la concursada a las otras sociedades, y la estrecha vinculación de las tres empresas justificaron la solicitud de la administración concursal de L., S. L., que tuvo acogida. El informe de la administración concursal tanto en este concurso como en el de V., S. L. y U., SAL., corroboran esa convicción de la unidad de gestión. De hecho, la propia administración

Esto puede ocurrir tanto si se aprueba un plan de liquidación (art. 148 LC) como si esta se lleva a cabo conforme a las reglas legales supletorias (art. 149 LC). En efecto, uno de los elementos que pueden conformar el contenido del plan de liquidación es el método a través del cual se va a dar salida al haber integrante de la masa activa concursal⁶⁵².

concurzal de L., S. L. ha destacado cierta confusión patrimonial entre las empresas del grupo. Es indudable tal relación, que nadie ha puesto en cuestión y que la propia administración concursal admite en el informe a las alegaciones de los acreedores, pues justifica la primera de las opciones que plantea, que luego descarta. La finalidad de la Ley Concursal, reiteradamente manifestada en su Exposición de Motivos y articulado es tratar de asegurar el mantenimiento de actividad de empresas en crisis. Por otro lado, el artículo 148.1 de la Ley Concursal dispone que [...], de manera que apuesta indudablemente por la enajenación unitaria, utilizando los términos legales, que por otro lado en términos económicos garantiza un mayor valor de los activos a enajenar. Esa voluntad del legislador es coherente con la previsión que hace para el convenio el artículo 100.2 de la Ley Concursal, que permite, como posible contenido del mismo, “proposiciones de enajenación”, bien “del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional”, o “de determinadas unidades productivas”. Además es proclamada en la Exposición de Motivos (VII) de la Ley Concursal que resalta que “la Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o algunos de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”. Incluso en el caso de venta sin sujeción a plan, regulada en el artículo 149 de la Ley Concursal, el apartado 1-1.º de esa norma dispone que [...]. De todo ello se concluye, pese a lo manifestado por la administración concursal en su informe a las alegaciones, matizando su criterio inicial al proponer el plan de liquidación, que lo más razonable para atender la finalidad que la norma persigue es, precisamente, la venta de los activos de la concursada de forma unitaria, su enajenación como un todo, como inicialmente se propuso, desechando que pueda verificarse por unidades de negocio independiente, cuya viabilidad económica es discutible y que no asegura que las ofertas hechas se atiendan con garantía de máxima satisfacción a los acreedores de los concursos. En consecuencia la decisión que se adopte sobre el plan partirá de este presupuesto, la venta directa de todos los activos como unidad».

También resulta interesante la PJM 6 Madrid 3.4.2012, mediante la cual el juez requirió a la administración concursal de uno de dos concursos conexos para que informase acerca de la conveniencia y oportunidad de acumularlos incluso una vez abierta la fase de liquidación de uno de ellos. El motivo aducido era el sustancial ahorro de costes procesales que la acumulación de las liquidaciones de las dos sociedades podría suponer. Por motivos que no vienen ahora al caso, finalmente no se acumularon los concursos en fase de liquidación y, por lo tanto, no sabemos cómo hubiesen podido coordinarse las liquidaciones. V., al respecto, FLORES SEGURA, M., «La acumulación del concurso de la sociedad dominada al concurso de la sociedad dominante (ATS 22-12-2011)», cit., pp. 429 a 461, nota 48.

⁶⁵² V. HUALDE LÓPEZ, I. «El plan de liquidación y la enajenación unitaria de la empresa», *RCP*, núm. 8 (2008), p. 479. Para este autor, el objeto del plan de liquidación no es sino el diseño de las pautas y de los tiempos con arreglo a los cuales la realización de los bienes ha de llevarse a cabo. Por su parte, BLASCO GASCÓ, F. «Art. 148. Plan de liquidación» en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 1546, define el plan de liquidación como «la ordenación sistemática y económicamente racional de realización forzosa de los bienes del deudor concursado para, con sus resultas, satisfacer los intereses de los acreedores del deudor común, es decir, para pagarles». Para VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Art. 148. Plan de liquidación» en Pulgar Ezquerro; Alonso Ureba; Alonso Ledesma y Alcover Garau (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Dykinson], 2004, p. 1325, supone «la posibilidad de articular ad hoc, con el protagonismo fundamental de la administración concursal, el procedimiento liquidatorio que se considere más oportuno atendidas las circunstancias concretas del patrimonio a liquidar». Según BELTRÁN, E., «Art. 148. Plan de liquidación» en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2370, se trata, más bien, de «un “proyecto”, ya que el juez puede modificarlo a la vista de las observaciones y propuestas del deudor, de los acreedores y de los representantes de los trabajadores. El plan de liquidación cumple, pues, en la ejecución concursal una función similar a la del convenio de realización previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución individual (arts. 636.2 y 640 LEC), aunque con la muy significativa

Entendida la liquidación coordinada como una liquidación «conforme a un método determinado» no parecen existir problemas que impidan incluir esta pauta en el plan de liquidación.

Asimismo, téngase en cuenta que tanto las directrices como las reglas legales supletorias relativas al contenido del plan de liquidación establecen que el plan de realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso deberá contemplar, siempre que sea posible, la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado (arts. 148.1 y 149.1 LC). Habida cuenta de la preferencia que muestra la Ley por la enajenación global de la empresa, parece que debería mantenerse esta pauta cuando la empresa en cuestión se encuentra fragmentada en diversas entidades jurídicas, como ocurre en los supuestos de grupos de sociedades.

En cualquier caso, la coordinación de las diversas liquidaciones que aquí se defiende no es sino una facultad. Además, la enajenación unitaria de la empresa por la que muestra preferencia la Ley no procederá en todo caso, sino «siempre que sea factible», cláusula que empaña de discrecionalidad la decisión acerca de la transmisión global de la empresa⁶⁵³. Ciertamente, tal decisión queda a criterio de la administración concursal, quien, según establece la Ley, deberá respaldarla con argumentos suficientes (art. 148.1 LC). Huelga decir que la coordinación de las liquidaciones vendrá facilitada por el nombramiento de una administración concursal unitaria. De cualquier modo, el deudor, los acreedores y los trabajadores (estos últimos a través de sus representantes) podrán manifestar su oposición a las medidas que intente adoptar la administración concursal, y deberán, en tales casos, adoptar la decisión última el juez, siempre en base al interés conjunto de los diversos concursos. De nuevo, en el caso de que no se hayan concentrado las competencias judiciales ante un único juzgado, pueden surgir discrepancias entre los diversos órganos jurisdiccionales que conozcan de los concursos conexos, y bloquearse así la liquidación coordinada. No es exagerado afirmar que la posibilidad de liquidar conjuntamente una empresa formada por varias sociedades depende de que, en la fase inicial de los respectivos concursos, se hayan adoptado medidas de coordinación institucional o personal. De ahí la importancia, en que se insiste a lo largo de todo este trabajo, de que la coordinación sea considerada de forma transversal tanto en el tiempo como en los mecanismos.

La coordinación puede darse no solo en cuanto a los contenidos de los diversos planes de liquidación, sino también en cuanto a la aprobación de los mismos⁶⁵⁴.

diferencia de que no se exige un acuerdo de las partes: lo elabora la administración concursal, se somete a información de los interesados y se aprueba, en su caso, por el juez».

⁶⁵³ V. HUALDE LÓPEZ, I., «El plan de liquidación y la enajenación unitaria de la empresa», cit., p. 481.

⁶⁵⁴ Reconoce expresamente la coordinación de la aprobación de los planes de liquidación, ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 51.

En cuanto a si podría elaborarse un plan de liquidación conjunto para varios deudores conexos, la respuesta —diversamente a lo que mantenemos en cuanto al convenio único en España— debe ser positiva. En primer lugar, porque no contamos, a diferencia de lo que sucede con el convenio, con específicos mecanismos de coordinación de las liquidaciones en los concursos conexos. En segundo lugar, porque el plan de liquidación conjunta debería respetar la separación entre los patrimonios de los diversos deudores, de modo que no se conculcarían los principios de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada. En tercer lugar, porque la naturaleza de un plan de liquidación es diversa a la de un convenio concursal, de forma que puede entenderse que dicho plan puede afectar a varias personas a la vez (sin necesidad de que sean una única persona jurídica, esto es, aunque no concurra el presupuesto subjetivo). Nada impide, sin embargo, que la coordinación en la fase de liquidación se realice mediante planes de liquidación separados o múltiples, siempre que entre ellos se mantengan las oportunas relaciones para maximizar la realización del patrimonio de cada deudor y la correspondiente satisfacción de los acreedores.

Por último, no parece haber inconveniente para la adquisición de bienes por parte de algún deudor conexo (por ejemplo, la sociedad A, cuyo concurso termina por convenio, decide adquirir la totalidad o parte de la unidad productiva de la sociedad B, del mismo grupo y también en concurso, pero que se ha visto abocada a la liquidación)⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Mientras que se prohíbe expresamente la adquisición de bienes de la masa activa por parte de los administradores concursales (art. 151 LC), no se prevé lo mismo cuando dicha adquisición la realizan deudores conexos (ni tampoco acreedores subordinados o personas especialmente relacionadas con el concursado), lo que determina que los mismos podrán intervenir y adquirir bienes con normalidad. V. FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 129.

CAPÍTULO X. LA CALIFICACIÓN EN LOS CONCURSOS CONEXOS

I. Consideraciones generales

La coordinación entre procedimientos concursales conexos resulta necesaria, finalmente, en la pieza de calificación⁶⁵⁶. La importancia de coordinar los concursos conexos en esta fase deriva, por un lado, de la crucial función que desempeña la calificación concursal. Pese a la existencia de ciertas discrepancias en la doctrina⁶⁵⁷, asumiremos aquí una postura que aglutine las diversas posiciones al respecto: la sección de calificación tiene una función esencialmente punitiva⁶⁵⁸, sin perjuicio de que pueda coadyuvar a cumplir la finalidad esencial del concurso de acreedores (esto es, lograr la mayor satisfacción posible de los acreedores concursales) mediante la imposición de efectos patrimoniales a las personas afectadas por la calificación⁶⁵⁹. Esta asunción, sintética⁶⁶⁰ y por consiguiente

⁶⁵⁶ Lo admite expresamente ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 51. Sin embargo, al igual que sucede con la coordinación de las liquidaciones, no existe ninguna previsión expresa en la Ley Concursal.

⁶⁵⁷ En realidad, estas discrepancias no implican en absoluto la adopción de posiciones totalmente contrapuestas, sino que se limitan a enfatizar alguno de los aspectos de la calificación. Así, para un sector doctrinal, el objetivo de esta sección es básicamente valorar la conducta y actuación del deudor o de aquellas personas que hayan actuado por este o hayan influido en su voluntad (v., nota 658). Otro sector considera, sin embargo, que la finalidad propia de la sección de calificación consiste esencialmente en depurar la responsabilidad civil del deudor (y de sus administradores o liquidadores si este fuese persona jurídica) en la generación o agravación de la insolvencia (v., nota 659).

⁶⁵⁸ Hacen hincapié en este aspecto ROSENDE VILLAR, C., «Art. 163. Calificación del concurso», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, p. 547 y MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 167. Formación de la sección sexta», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, p. 2766. Este último señala que: «la finalidad inmediata [...] consiste en valorar la “conducta” observada por el empresario [...] en la generación o agravación de la insolvencia. No se valora la situación patrimonial sino el comportamiento del quebrado». Quienes enfatizan la función punitiva de la calificación también señalan el aspecto preventivo de la misma frente a conductas posteriores. En este sentido, FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 163. Calificación del concurso», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 1663, afirma que la calificación responde a criterios de prevención general y también de prevención especial propios de una visión represora de la actuación comercial no ajustada a los buenos usos.

⁶⁵⁹ V. ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», *RdS*, núm. 29 (2007), p. 32 y SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 244: «La sección de calificación es una vía para extender la responsabilidad concursal en los grupos». Añade en p. 247: «Quizá el modo más importante de extender la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada, como consecuencia de su integración en un grupo societario, a otras personas jurídicas integrantes del grupo o a quienes las administran o administran el grupo como tal, es la que resulta de la sección de calificación del concurso».

⁶⁶⁰ Realiza una síntesis semejante GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, Pamplona [Aranzadi], 2004, p. 18, al afirmar que una de las cosas más relevantes de la Ley Concursal de 2003 es «la valoración de la conducta y actuación de aquellos sujetos que, actuando de una u otra manera por el deudor o influyendo en su voluntad de autodeterminación, han incidido de manera más que relevante en la causa o en el agravamiento del estado de insolvencia al que se quiere poner remedio en el procedimiento». Y añade a continuación que la nueva regulación es «un instrumento creado para depurar no solo las posibles responsabilidades de orden civil de quienes merezcan la calificación de concursado o de

necesariamente simplificada⁶⁶¹, permite explicar la importancia de la coordinación de las calificaciones en los concursos conexos. La función de la sección sexta justifica los efectos, personales y patrimoniales, que acarrea la calificación del concurso como culpable; y son estos efectos, precisamente, los que puede ser necesario coordinar en los concursos vinculados. Decimos que «puede» ser necesario coordinar los efectos de la calificación culpable de varios concursos, ya que no tiene necesariamente que ser así. La necesidad de coordinación surgirá o no en función de la coincidencia de las personas afectadas por la calificación⁶⁶².

1. Las personas afectadas por la calificación

En el régimen de calificación del concurso que regula la Ley Concursal, el criterio de imposición de efectos anudados a la calificación del concurso como culpable no recae sobre la producción de un resultado (el estado de insolvencia), sino sobre la conducta de las personas afectadas (la omisión de cumplimiento de ciertos deberes y exigencias),

cómplices de este sino, también, y sobre todo, de quienes han actuado por el deudor común o han determinado su proceder, tanto si su actuación es de derecho o de hecho, contribuyendo a causar o a agravar el estado de insolvencia origen de todo juicio universal». Este mismo autor afirma en p. 107 que los efectos han de partir de una adecuada valoración de los intereses que resultan afectados como consecuencia de la situación de insolvencia. El estado de insolvencia afecta a un cúmulo de intereses: a los intereses de sus acreedores, cuyo crédito no puede realizarse íntegramente o resulta postergado temporalmente, y a los potenciales futuros acreedores que pudiera tener el concursado (se trata de evitar una potencial lesión de la seguridad en el tráfico). Por eso, «[e]n coherencia con ese cúmulo de intereses afectados resulta entonces razonable que otorguemos al expediente de la calificación concursal una doble función, pues deberá anudar a la calificación del concurso culpable unos efectos a través de los cuales vengan a realizarse los intereses de los acreedores ya afectados por la insolvencia declarada pero, también, ha de tender a evitar y minorar el riesgo de que el sujeto —o sujetos— afectados por la calificación culpable del concurso, en razón del dolo o culpa lata con que actuaron, puedan afectar negativamente pro futuro a terceros potenciales acreedores». En idéntico sentido, del mismo autor, «Art. 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2516. También alcanza conclusiones parecidas CÁMARA ÁGUILA, P., «Art. 163. Calificación del concurso», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, p. 1748, quien afirma que «[a] través de la pieza de calificación del concurso, se persiguen dos clases de efectos. De un lado, procurar una mayor protección de los intereses de los acreedores afectados por la insolvencia, al hacer responder a aquellos sujetos que han participado en su creación frente a los acreedores. De otro lado, y de forma tradicional, la calificación ha supuesto una clara manifestación del interés público en los procesos de insolvencia. A través de la calificación se persigue mantener la seguridad del tráfico [...]».

⁶⁶¹ No desconocemos que se han referido otras finalidades accesorias de la sección de calificación, como la protección del crédito, defensa de la lealtad en las transacciones comerciales, etc. V., por ejemplo, MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 167. Formación de la sección sexta», cit., p. 2766.

⁶⁶² Contra, FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», cit., p. 138. Afirma el magistrado que, cuando hay varias sociedades del grupo en concurso, se plantean problemas de orden procesal, dado que el hecho de que se acumulen los procedimientos no ha supuesto en la práctica hasta la fecha que se haya formado una única sección de calificación, sino que se han mantenido abiertas tantas secciones o piezas de calificación como concursos. El problema de la dispersión de piezas de calificación es que unos mismos hechos con una misma responsabilidad puedan dar lugar a varios pronunciamientos condenatorios, planteando problemas de *non bis in idem*. Y concluye: «[d]e ahí que parezca razonable optar por una verdadera acumulación de autos y de procesos en los supuestos de calificación de sociedades de un mismo grupo, sin perjuicio de que el juez pueda y deba discriminar comportamientos y responsabilidades en la sentencia en los términos del art. 172 LC».

aunque, obviamente, el resultado no puede faltar. La especial atención al elemento intencional o subjetivo que se da en sede de calificación del concurso es el motivo por el cual la problemática que surge en supuestos de concursos conexos debe desgranarse a partir de la descripción de las personas afectadas por la calificación.

La categoría de «personas afectadas por la calificación del concurso como culpable» puede definirse como aquellos sujetos sobre los que pueden recaer las consecuencias anudadas a esta calificación. Pertenecen sin ningún género de dudas a esta categoría los representantes del deudor persona física y, en el caso de que el deudor fuese persona jurídica, sus administradores y liquidadores, de hecho y de derecho, sus apoderados generales y quienes lo hubiesen sido dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso (arts. 164.1 y 172.2-1.º LC). Existe una cuestión controvertida en la doctrina, cual es si el propio deudor concursado (ya sea persona física o jurídica) puede ser una de las personas afectadas por la calificación⁶⁶³. En general, con independencia de que se decida incluir o no al deudor entre las personas afectadas por la calificación, la doctrina se muestra conforme con la conclusión de que los efectos patrimoniales no deben recaer sobre el deudor, aunque sí deben hacerlo los personales⁶⁶⁴.

⁶⁶³ La controversia surge del hecho de que aparentemente no tenga sentido que determinados efectos derivados de la calificación del concurso como culpable afecten al deudor. Concretamente, se ha señalado que parece un contrasentido que los efectos patrimoniales (arts. 172.2-3.º, 172.3 y 172 bis LC) recaigan sobre el propio deudor en concurso, habida cuenta del principio de universalidad en la determinación de la masa activa (art. 76.1 LC). V. GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 116, nota 16. Los efectos patrimoniales vendrían a recaer así en la misma masa activa destinada a satisfacer a los acreedores, lo cual resulta, en efecto, ilógico. Sí que tiene sentido, al contrario, que dichos efectos patrimoniales recaigan en otros sujetos (liquidadores y administradores de hecho o de derecho), porque estos son titulares de un patrimonio personal y por lo tanto separado de aquel que está en concurso. Sin embargo, si se opta por excluir al deudor de la categoría de personas afectadas por la calificación, parece colegirse que sobre el mismo no han de recaer efectos personales, lo cual también carece de sentido.

⁶⁶⁴ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., pp. 116 y ss., quien afirma que el deudor no es una de las personas afectadas por la calificación, pero que una interpretación sistemática de la Ley obliga a extender la pena de inhabilitación al concursado: «[H]a de darse una respuesta positiva al interrogante que nos ocupa [si el concursado puede quedar inhabilitado o no], sin necesidad de incluir al concursado en concepto de “persona afectada por la calificación” [...]. Y esta afirmación viene impuesta no solo por la finalidad del expediente de calificación sino, también, por una interpretación sistemática de la norma, ya que no habrá que olvidar cómo el art. 178 LC advierte expresamente que la conclusión del concurso acarreará el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición que hubieran recaído sobre el concursado “salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación”». En el mismo sentido, v. SJM1 Madrid 16.1.2007. Por su lado, FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 172. Sentencia de calificación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos: *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 1773, pese a afirmar contundentemente que «de ninguna forma comparto la opinión de que la expresión “personas afectadas por la calificación” no incluyera al concursado (persona física)», en las páginas subsiguientes no menciona al deudor entre las personas afectadas por los efectos patrimoniales. Lo anterior no es excepcional: quienes afirman que el deudor sí es persona afectada por la calificación dejan claro que no pueden aplicársele los efectos patrimoniales. En este sentido, MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 172. Sentencia de calificación», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2839 a 2841 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 172.2-2.º LC», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, p. 2878. Aisladamente, se ha intentado superar el problema mediante la distinción entre personas afectadas por la calificación en sentido estricto (entre las cuales no se incluye al deudor) y personas afectadas por la calificación en sentido amplio

Los cómplices (art. 166 LC) integran una categoría diferente (así se desprende del tenor literal del art. 172.2-1.º LC). Pese a ello, sobre los mismos también recaen efectos patrimoniales (que no personales, estos se reservan a las personas afectadas por la calificación incluyendo al deudor) (arts. 172.2-3.º y 172.3 LC). Por ese motivo deben incluirse los cómplices en el estudio de la coordinación de las calificaciones de los concursos conexos.

Por último, téngase en cuenta que las personas afectadas por la calificación no coinciden con las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 LC) por el mero hecho de serlo. Esto no impide que, como es natural, algunos sujetos puedan reunir la doble condición de ser personas afectadas y especialmente relacionadas⁶⁶⁵.

2. Los hechos determinantes de la calificación de un concurso conexo como culpable

Los hechos susceptibles de motivar la declaración de un concurso conexo como culpable no difieren de los que pueden fundar tal calificación en un concurso aislado. Estos hechos son los que refieren las presunciones *iuris et de iure* (art. 164.2 LC) y las *iuris tantum* (art. 165 LC), así como cualesquiera otros que, realizados con dolo o culpa grave, hayan generado o agravado el estado de insolvencia del deudor (art. 164.1 LC)⁶⁶⁶.

Sin embargo, es cierto que varios supuestos de presunciones responden a patologías típicas de algunos concursos conexos, especialmente los de sociedades pertenecientes al mismo grupo (por ejemplo, la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor del art. 164.2-5.º LC o la simulación de situaciones patrimoniales ficticias del art. 164.2-6.º LC)⁶⁶⁷. Aunque no solo: podría entenderse que la falta de formulación de las cuentas

(categoría que abarcaría al deudor). En este sentido, v. ROSENDE VILLAR, C., «Art. 164. Concurso culpable», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 569 y 635.

⁶⁶⁵ Señala expresamente esta posibilidad GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 115.

⁶⁶⁶ Recuérdese que los supuestos susceptibles de determinar la calificación del concurso como culpable no son *numerus clausus*, sino que es posible que el concurso sea calificado como culpable al margen de los mismos y en virtud de la cláusula genenal del apartado 1 del artículo 164 (SAP Córdoba 28.03.2008). La regulación de las causas de calificación de un concurso como culpable en la Ley Concursal se hace de forma escalonada, de manera que cabe distinguir: 1.º la cláusula general que exige la valoración de la conducta del concursado, es decir, del administrador en el caso de sociedades, como dolosa o gravemente culposa y la determinación de una relación de causalidad entre la misma y la generación o agravación de la insolvencia (art. 164.1 LC); 2.º las presunciones *iuris tantum* que suponen comportamientos omisivos que entrañan, salvo prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave, pero necesitan, además, para justificar la calificación como culpable, que se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia (art. 165 LC); y 3.º los conductas consideradas por la ley como suficientes para determinar por sí mismas el carácter culpable del concurso, bastando, por tanto, con constatar la concurrencia de alguna de ellas, sin que quepa la posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de las mismas y sin que deba exigirse prueba de la relación de causalidad entre ellas y la insolvencia de la sociedad (art. 164.2 LC) (SSAP Madrid [28.ª] 6.3.2009, 26.6.2009, 15.1.10, 5.2.2010, 17.9.2010, 18.3.2011, entre otras).

⁶⁶⁷ V. SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 254.

consolidadas (art. 42 CCom) es una irregularidad contable relevante⁶⁶⁸. Incluso, sin necesidad de acudir a las presunciones, existen determinadas actuaciones en el seno de un grupo que pueden encajar en la cláusula general (art. 164.1 LC), esto es, que consistan en la generación o agravación de la insolvencia cuando medie dolo o culpa grave: por ejemplo, el vaciamiento patrimonial de la filial por la dominante, que puede producirse también por la dirección de facto de la política de inversiones, de competencia en el mercado, de personal, etc., propia del poder de dirección que el administrador del grupo ostente. Aunque no se pueda encuadrar en ninguna presunción, esto también deberá conducir a que se califique el concurso como culpable si ha supuesto dolo o culpa grave en agravamiento o generación de insolvencia⁶⁶⁹.

3. La problemática en los supuestos de concursos conexos

La regla general, como es sabido, es que las secciones de calificación de los concursos conexos son completamente independientes, tanto si se acumulan (inicial o sucesivamente) como si no. El problema central en sede de calificación radica en que un mismo sujeto (o varios) puede ser persona afectada por la calificación (o cómplice) en varios concursos a la vez. La coincidencia subjetiva plantea problemas debido al riesgo de solapamiento de los efectos que puede acarrear la calificación del concurso como culpable. Todo ello se agrava, como puede imaginarse, si la coincidencia se da sobre un sujeto inmerso a su vez en un concurso de acreedores.

En los párrafos siguientes se analizan algunos de los supuestos más típicos en los que pueden coincidir las personas sobre las cuales recaen efectos derivados de la calificación del concurso como culpable. Asimismo, se analizan los problemas derivados del solapamiento de efectos sobre un mismo sujeto. En general, los problemas que se describen a continuación son independientes de que los concursos conexos se hayan acumulado o no. Sin embargo, la acumulación previene o, al menos, reduce el impacto negativo que estas cuestiones pueden tener.

⁶⁶⁸ Así lo entiende SARAZÁ, R., *ibíd.*, p. 255. También podría entenderse que resulta un incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad, especialmente si, como ha señalado la jurisprudencia menor, no basta con tener los libros contables, sino que estos deben cumplimentarse en la forma y con los requisitos exigidos por la Ley (SAP Barcelona [15.ª] 3.11.2010). La mala llevanza de contabilidad, aun parcial, es un incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la misma. Es determinante al respecto el informe de la administración concursal para saber si esas irregularidades permiten saber o no la situación real de la concursada, lo que incluye aquellos supuestos en que aunque se lleven libros no puede deducirse de los mismos la situación de la empresa (SAP León [1.ª] 28.7.2011). Parece posible, pues, que la falta de consolidación de cuentas encaje en esta presunción.

⁶⁶⁹ Téngase en cuenta que, en ocasiones, el estado de insolvencia vendrá determinado por la negativa de la sociedad matriz a seguir financiando a la filial, o por no conseguir el administrador del grupo la financiación que se estaba gestionando a nivel del grupo. V. SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», *cit.*, p. 263. La negativa a seguir financiando ciertamente agrava la situación de insolvencia de la filial, pero no por ello debe calificarse el concurso como culpable, ya que la matriz debe ser libre para decidir si continúa invirtiendo en la filial o no.

Téngase en cuenta que la problemática aquí descrita únicamente se dará cuando al menos dos concursos conexos hayan sido calificados como culpables, ya que es precisamente de la calificación culpable de donde derivan los efectos cuyo solapamiento se teme. En el caso de que todos los concursos se declaren fortuitos, las dificultades no deberían pasar de meras cuestiones procesales menores, que se describen al final de la sección.

II. La coincidencia de las personas afectadas por la calificación en los concursos conexos

Dependiendo del tipo de conexión entre concursos de que se trate, la coincidencia de personas afectadas por la calificación será más o menos probable y habitual. Téngase en cuenta que la coincidencia puede darse en la misma categoría o en categorías distintas. Esto es, un sujeto puede ser persona afectada por la calificación culpable de los concursos de las sociedades A y B en tanto que administrador de derecho de ambas. Pero también puede serlo en tanto que administrador de derecho de una y administrador de hecho de otra, o apoderado general de una y liquidador de hecho de otra, etc. Así, las personas afectadas concurrentemente en varios concursos pueden serlo por un título igual o distinto.

1. La coincidencia de representantes legales

El alcance del concepto de «representante legal» puede entenderse de forma estricta o de forma más laxa. Conforme a la primera, solo estarían incluidos en esa categoría los representantes necesarios —en el sentido de estricta representación legal, descartando la voluntaria— que tuviese cada deudor⁶⁷⁰. Conforme a la segunda, podrían incluirse en esta categoría también los representantes voluntarios del deudor⁶⁷¹. En ambos casos, son imaginables supuestos de concursos conexos en los que el representante de varios

⁶⁷⁰ La representación legal es el medio para suplir la falta de capacidad de obrar de determinadas personas físicas, o bien para salvaguardar bienes carentes de titular actual o cuyo titular no está en condiciones de gestionarlos por sí mismo. Por ejemplo, los guardadores del incapacitado o del menor que continuara el comercio de sus causantes (art. 5 CCom), los padres que ejercen la patria potestad (art. 154.2 CC), el tutor del menor o incapacitado (art. 267 CC), el defensor judicial de los bienes del desaparecido (art. 181 CC) o el representante legal del declarado ausente (art. 184 CC) merecerían tal consideración. Se muestra partidario de una interpretación estricta del precepto ROSENDE VILLAR, C., «Art. 164. Concurso culpable», cit., p. 564.

⁶⁷¹ Es la opción por la que se decanta GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2581 y 2582: «Ahora bien, no parece que la Ley quisiera referirse, bajo tal locución, tan solo a estos supuestos que pudiéramos calificar de marginales. La mención a los *representantes legales* del concursado no ha de entenderse en un sentido restrictivo, sino, antes bien, como representación ajustada a Derecho y que, por ende, produce sus efectos. Con esta precisión se estarían evitando resultados absurdos y que pugnarían con las finalidades a que obedece la concepción y regulación de la sección de calificación pues, de lo contrario, serían factibles supuestos en que quien causó o empeoró el estado de insolvencia de su representado quedaría al margen de los efectos propios de la calificación del concurso como culpable. Esta precisión permitirá incluir bajo la noción de personas afectadas por la calificación a los representantes voluntarios que hubieran actuado en caso de calificación culpable del concurso. Así, si el concursado fuera una persona natural, su factor o apoderado general podría merecer, en su caso, tal consideración».

deudores sea la misma persona. Por ejemplo, el tutor de dos incapacitados insolventes cuyos patrimonios estén confundidos.

2. La coincidencia de administradores o liquidadores de derecho

Cuando el deudor es persona jurídica, son otros sujetos, distintos de la persona jurídica, quienes con expresión de su voluntad y a través de los procedimientos y competencias dispuestos en la ley, expresan la voluntad de aquella. Estos sujetos son los administradores de derecho: a ellos corresponde la gestión y representación de la sociedad, y ocupan el cargo tras haber sido legalmente designados y haber aceptado (arts. 209 y ss. LSC, 141-142 y 191-192 RRM). Por su parte, los liquidadores de derecho son quienes conforman el cargo de gestión y representación de la sociedad durante el periodo de liquidación (arts. 375 y ss. LSC).

La coincidencia en la misma o las mismas personas de la condición de persona afectada por la calificación como culpable de los concursos de varias sociedades que formen parte del mismo grupo es algo habitual. En efecto, el hecho de que las mismas personas (físicas o jurídicas) sean administradoras o liquidadoras de derecho de varias sociedades no solo es una patología propia de los grupos, sino también uno de sus rasgos definitorios (art. 42.1 d) CCom).

3. La coincidencia de administradores o liquidadores de hecho

La Ley Concursal mantiene una aproximación realista y, rehuyendo cualquier formalismo, equipara los administradores de hecho a los de derecho⁶⁷². El problema central radica en la delimitación de la noción de administrador o liquidador de hecho. La Ley Concursal no define qué debe entenderse por administrador de hecho, de forma que

⁶⁷² La figura del administrador de hecho está vinculada al fenómeno de la difusión del poder de empresa, que exige una atención «más funcional que formal a la figura del administrador para aquellos supuestos en que la dirección social no se ejerce por quien se presente externamente como tal, sino a través de quien ostenta el poder real de control de la sociedad. Así, tal planteamiento tiene su fundamento en un concepto material y no formal del órgano administrativo, que valora la condición de administración cuando se actúe efectivamente o de manera decisiva o, en otras palabras, cuando se participe en la formación de la voluntad colectiva». V. GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 179. Con la promulgación de la Ley Concursal, la calificación del concurso como culpable no solo se refiere a quienes formalmente deban merecer la consideración de administrador o liquidador, sino también respecto de los administradores o liquidadores de hecho. Esta extensión de las personas afectadas por la calificación resulta necesaria porque la misma se realiza no solo en relación con la conducta de quien formalmente merezca la consideración de administrador o liquidador y haya procedido dolosamente o con culpa grave en la causa o agravación de la insolvencia, sino también cuando lo mismo pueda predicarse de los administradores o liquidadores de hecho. V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 164. Concurso culpable», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2524; del mismo autor, *La calificación del concurso*, cit., pp. 19, 33, 34 y 87 (entre otras); y también, «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2583. La calificación de una persona física o jurídica como administradora de hecho del deudor concursado tiene una gran relevancia por las diversas repercusiones que la Ley Concursal vincula a la misma no solo en sede de calificación (arts. 172 y 172 bis LC), sino también en otros aspectos (arts. 48 ter y 93.2-2.º LC).

se hace necesario acudir a normas extraconcursales⁶⁷³. Puesto que la exacta delimitación de la figura del administrador de hecho no es el objeto de la presente investigación, asumiremos como definición operativa la siguiente: los administradores de hecho vienen definidos en primer lugar por la concurrencia de una nota necesaria de carácter negativo, ya que se tratará de sujetos en cuyo favor no se haya producido un nombramiento respetuoso con las exigencias formales y de publicidad registral vigentes⁶⁷⁴. Sin embargo, esta condición, siendo necesaria, no resulta suficiente, ya que también debe concurrir una nota de carácter positivo: los administradores o liquidadores de hecho, pese a la ausencia o caducidad de un nombramiento publicitado a través del Registro Mercantil, deben disponer además del poder de decisión en el seno de la persona jurídica concursada, de forma, en principio, permanente y estable⁶⁷⁵. No entraremos aquí a dilucidar si el

⁶⁷³ Lo señalan expresamente MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2842 y ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 27; DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», *RDM*, núm. 273 (2009), pp. 1015 y ss.

⁶⁷⁴ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 126: «La noción de administrador de hecho se construye en torno a la actuación desarrollada y a la ausencia de elementos formales que justifiquen tal actuación».

⁶⁷⁵ V., en este sentido, GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 164. Concurso culpable», cit., p. 2524; GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., pp. 35 y 126, donde afirma que «[e]l elemento común —y jurídicamente relevante— de todos los supuestos que puede abarcar el concepto de administrador de hecho radica en una doble consideración, pues ha de tratarse de un sujeto que ejerce las funciones propias de la figura de administrador sin que, por otra parte, el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para dicho cometido». El elemento definitorio ha de hacerse descansar e la efectividad de la tarea de administración desarrollada (una actuación positiva e independiente que lleve a adoptar decisiones en el ámbito propio de la gestión y dirección empresarial). Son irrelevantes tanto la causa a que obedece la falta de formalidades (caducidad, nulidad o ausencia de nombramiento) como de si el administrador de hecho se manifiesta como tal frente a terceros (administrador notorio) o si por el contrario no es conocido por estos (administrador oculto o *shadow director*). GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2582: el concepto de administrador de hecho radica en una doble consideración: tiene que ser un sujeto que ejerce las funciones propias de la figura de administrador sin que el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para dicho cometido. En el mismo sentido, v., GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., pp. 183 y 184, quien establece como características esenciales del administrador de hecho: (i) La ausencia de deliberación social eficaz para su nombramiento; (ii) El desempeño de funciones propias de los administradores legales; y (iii) Su ejercicio autónomo efectivo, cuyo objeto no es propiamente la marcha cotidiana de la empresa, sino la determinación del destino de la sociedad. También ROSENDE VILLAR, C., «Art. 164. Concurso culpable», cit., p. 567, señala que «el elemento que caracteriza la figura del administrador de hecho es el ejercicio de una labor de administración pese a la ausencia de un nombramiento válido y eficaz». También ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 28, establecen como requisitos: (i) actividad ejercida de modo continuado y estable; (ii) actividad ejercida con independencia; (iii) actividad ejercida con conocimiento de los socios y por tanto de la propia sociedad; (iv) efectiva actividad de administración, dirección o gestión que por lo tanto deberá recaer sobre materias reservadas a los administradores de derecho de la sociedad; y (v) actuación directa.

fenómeno de la administración de hecho debe reputarse negativo⁶⁷⁶, ni si son exigibles requisitos adicionales para que se dé la figura⁶⁷⁷.

El grupo de sociedades es uno de los supuestos más frecuentes de administración fáctica⁶⁷⁸, aunque no siempre existe administración de hecho en el seno de un grupo y,

⁶⁷⁶ Cuando existen administradores de hecho, el contraste se da entre quien decide y quien ha sido nombrado —de conformidad con las previsiones legales— para decidir. En general, se entiende que la ruptura entre el poder para decidir y las formas exigidas encierra un fenómeno negativo, ya que se opone a las legítimas finalidades que el derecho persigue realizar con las exigencias para ser administrador. V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2583.

⁶⁷⁷ Se debate si constituye otro requisito para que pueda hablarse de un administrador de hecho la reiteración o carácter sistemático del ejercicio de las funciones de administración. Mientras que algunos autores defienden la necesidad de temporalidad en el ejercicio, excluyéndose lo que solo son actuaciones puntuales, otros, aun sin poner en duda que un administrador de hecho es quien desempeña tareas de forma continuada y sistemática, no excluyen la posibilidad de que se realicen actuaciones aisladas y ocasionales. Entre los primeros se encuentran GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., pp. 183 y 184 (que afirma que tiene que haber una interferencia sistemática y penetrante en la gestión de la sociedad) y ROSENDE VILLAR, C., «Art. 164. Concurso culpable», cit., p. 568. A favor de la segunda postura se ha manifestado GARCÍA-CRUCES, J. A., en *La calificación del concurso*, cit., p. 127 y en «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2582, afirmando que administrador de hecho puede ser tanto quien desempeñe tareas de gestión de forma continuada y sistemática, como quien realice actuaciones aisladas y ocasionales. Eso es así porque el elemento relevante para calificar el concurso como culpable es el dolo o culpa grave en la causa o agravación de la insolvencia, y esto puede darse sin necesidad de mantener reiteradamente una conducta. Aunque optemos por no entrar en el debate, la cuestión no deja de tener una cierta incidencia en el tema objeto de estudio, habida cuenta de que muchas de las presunciones que permiten calificar el concurso como culpable se refieren a conductas concretas que pueden darse sin necesidad de mantener reiteradamente el ejercicio de una función (por ejemplo, el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores, art. 164.2-4.º LC, la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor antes de la declaración de concurs, art. 164.2-5.º LC, la simulación de una situación patrimonial ficticia, art. 164.2-6.º LC, etc.). Otro de los requisitos adicionales que se discute incluir es la necesidad de que las órdenes o directrices dadas por el administrador de hecho afecten a la esencia de la dirección empresarial y no a cuestiones de orden menor y cotidiano, que carezcan de relevancia. Así lo defiende GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 184.

⁶⁷⁸ Así lo reconoce LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada [Comares], 2003, p. 122. Aunque la doctrina del administrador de hecho no es privativa de la situación de grupo, sino que su alcance se extiende a otras situaciones diversas (así nos lo recuerda GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 177, en general los grupos suelen citarse como ejemplo arquetípico de la administración de hecho. Los ponen de ejemplo GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., pp. 2586 y 2587; SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades» cit., p. 258; ROSENDE VILLAR, C., «Art. 164. Concurso culpable», cit., p. 568; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Grupos de sociedades y responsabilidad de administradores», *RDM*, núm. 227 (1998), p. 134; DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., «Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho», en *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid [McGraw Hill], 2002, pp. 1315 y ss. También TERREROS, G., «Grupos de sociedades y concurso de acreedores», cit., p. 275; MERCADAL VIDAL, F., «La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada (En torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao)», *ADC*, núm. 14 (2008), p. 385; PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 471; HERNANDO CEBRIÁ, L., «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *RDM*, núm. 280 (2011), pp. 133 a 168.

por esto mismo, no puede presumirse o darse por descontado que así sea⁶⁷⁹. Para determinar si existe o no administración de hecho en el seno de un grupo, deberá, en primer lugar, atenderse a si la actuación viene dada por decisiones del órgano de administración de la sociedad dominada dentro del ámbito de autonomía que le permite su inserción en un grupo de sociedades. De ser así, no habrá lugar para considerar a la sociedad dominante como administradora de hecho respecto de aquella⁶⁸⁰. Sin embargo, cuando los actos de gestión adoptados por el órgano de la dominada se justifican y obedecen a instrucciones imperativas que han emanado de la matriz, parece que ha de calificarse la actuación de la dominante como la propia de un administrador de hecho. Ahora bien, esta conclusión requiere un matiz, pues solo habrá lugar a la consideración como administrador de hecho de la sociedad dominante respecto de la filial cuando las instrucciones recibidas por esta tengan un carácter orgánico, esto es, cuando las mismas deban ser calificadas como voluntad de la sociedad dominante, pues en su adopción se hayan respetado las exigencias de procedimiento y competencia que disciplinan la actuación de sus órganos. Por el contrario, si esas instrucciones se emiten por los administradores de la matriz y las decisiones alcanzadas no son expresivas de la voluntad de la sociedad madre, la extensión derivada de la noción de administrador de hecho ha de hacerse recaer sobre los administradores de la sociedad dominante, que son quienes merecen tal calificación⁶⁸¹. En segundo lugar, con carácter general puede considerarse la

⁶⁷⁹ V. ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., pp. 19 a 37: «[E]l hecho de que la sociedad concursada esté integrada en un grupo societario no basta por sí mismo para que la sociedad dominante pueda ser considerada administrador de hecho de la sociedad filial concursada a los efectos de la sección de calificación del concurso». En el mismo sentido se pronuncian PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, cit., p. 268; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», cit., p. 156; SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 257; EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y Derecho concursal», cit., pp. 1906-1907; ALONSO UREBA, A., «La aplicación del concepto de administrador de hecho en supuestos de concurso de sociedades integradas en un grupo y de refinanciación», en Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra (dirs.): *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid [La Ley], 2009, pp. 151 a 164; PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 473. V., por último, LARGO GIL, R., y HERNÁNDEZ SAINZ, E., «La imputación de responsabilidad civil en el seno de los grupos de sociedades», en De Val Tena y Rivero Lamas (coords.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «Outsourcing»*, Pamplona [Aranzadi], 2003, p. 431: «[L]o que no está claro es que los administradores de la sociedad dominante tengan cabida en todo caso en el concepto de administrador de hecho. La responsabilidad social tiene un carácter orgánico por lo que no puede extenderse sin más a cualquier sujeto que no ocupando la posición formal de administrador asume algunas funciones propias de la alta dirección de la sociedad. Esta extensión aún resulta más inadecuada cuando además existen en la sociedad administradores debidamente nombrados, tal y como sucede en los grupos de sociedades».

⁶⁸⁰ En este supuesto no habría una actividad por parte de la dominante que obligara a su calificación como administrador de hecho, pues la actuación de los órganos de la dominada se ha llevado a cabo con total independencia.

⁶⁸¹ Se trata de dilucidar quién ha de merecer la calificación de administrador de hecho cuando la extensión recae sobre una persona jurídica (dado que puede serlo tanto la persona jurídica que administra como el representante que esta hubiera designado para la adopción de las correspondientes decisiones. En línea de principio, parecen concurrir razones tanto para imputar tal cualidad a la persona jurídica como a su legítimo representante. Sin embargo, se ha establecido por parte de la doctrina un criterio para discernir los

inutilidad de la noción de administrador de hecho fuera de aquellos grupos empresariales caracterizados por la fuerte integración de las sociedades que los forman y por la unidad del poder decisorio⁶⁸² o la centralización de las decisiones que se adoptan⁶⁸³. Tampoco puede sin más confundirse «administrador de hecho» con «administrador de grupo», entendido este último como el titular de los poderes empresariales inherentes a la unidad de decisión que caracteriza al grupo⁶⁸⁴.

distintos supuestos: depende de cómo se ejerza el poder de decisión de la persona jurídica administradora. Así, GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2585, responde que: «[h]ay que atender al modo con que se produce el ejercicio del poder de decisión que lleva a cabo la persona jurídica administradora. Si las decisiones de la administradora persona jurídica se alcanzan de conformidad con las previsiones legales y de competencia adoptadas por la legislación societaria, no cabe duda que la cualidad de administrador de hecho residirá en aquella, pues su representante ha actuado de conformidad con tales exigencias y, por tanto, la decisión formada expresa lo que es la voluntad social o de la persona jurídica. Por el contrario, si las mismas decisiones emanan del representante de la persona jurídica pero al margen del procedimiento y reglas dispuestas en la normativa de los distintos tipos sociales, deberá conceptuarse como administrador de hecho a tal sujeto [...] Supuesto distinto es aquel en que la persona jurídica se utiliza como puro instrumento para poder tomar decisiones en la administrada. Son los casos en que tal persona jurídica se constituye o es utilizada para evitar la posible responsabilidad de un sujeto que es, a su vez, nombrado representante de aquella en la sociedad administrada. En estos casos, al quedar la persona jurídica nombrada formalmente como administrador, será responsable en los términos previstos en la legislación societaria pero, también, su representante que constituyó o utiliza a esta como mecanismo para adoptar decisiones y, a la par, eludir responsabilidades, deberá ser conceptuado como administrador de hecho, con todas las consecuencias anudadas a tal consideración (arg. ex. art. 6.4 CC)». En idéntico sentido, v. SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades» cit., p. 259, quien afirma que la dominante no podrá considerarse como administrador de hecho cuando la actuación de su administrador o administradores no haya sido realizada por cuenta y en interés de la sociedad dominante, sino en el propio y exclusivo de los administradores de la matriz, que entonces serán ellos mismos los administradores de hecho. También GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 186 insiste en que «[s]i el administrador de la sociedad dominante actúa como representante de la misma, la responsabilidad sería de la dominante. Si actúa por su propia cuenta, el administrador debería asumir en exclusiva la responsabilidad». Sin embargo, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, cit., pp. 123 y ss., parece dar por sentado que la condición de administrador de hecho pertenece a los administradores de la sociedad dominante en el grupo, sobre la base de que «son ellos los que imparten instrucciones de gestión al órgano de administración de la filial, es lógico, pues, que sean también responsables de los daños causados por su actuación, aunque indirecta, a esta sociedad, a sus socios o a terceros».

⁶⁸² La unidad del poder decisorio ha sido resaltada por el Tribunal Supremo; v. SSTS 31.10.2001 y 15.3.2002.

⁶⁸³ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2586 y, del mismo autor, *La calificación del concurso*, cit., pp. 135 y ss. En esto insiste GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., pp. 190 y 191, quien afirma que hay un riesgo de inseguridad en la noción de administrador de hecho en los grupos de sociedades: «la inseguridad se mantiene siempre que no se distinga entre las diferentes situaciones que una empresa de grupo puede ofrecer en cuanto a su nivel de centralización. Tal grado es determinante de que el administrador de la dominante lo sea del grupo también, ya que se trata de una situación de hecho y, por lo tanto, hay que atender a la escala efectiva de integración, que, como es sabido, no es idéntica en todas las empresas de grupo, en atención al mencionado criterio de la centralización». Por supuesto, la riqueza de la casuística en materia de grupos de sociedades hace que los supuestos se puedan multiplicar y que, pese a estas conclusiones de carácter general, siempre sea posible hacer las pertinentes excepciones y matizaciones.

⁶⁸⁴ El administrador del grupo podrá ser considerado como administrador de hecho de las sociedades que lo integran cuando el grado de centralización del grupo y la intensidad de los poderes empresariales propios de la unidad de decisión impliquen que respecto de las sociedades integrantes del grupo, y no solo respecto

Aunque la Ley Concursal no dice nada al respecto, de modo que debe entenderse que engloba todos los tipos de administración fáctica, suele distinguirse entre administrador de hecho y administrador oculto o indirecto (*shadow director*). El criterio de distinción radica en la manifestación del administrador de hecho ante terceros o en su mantenimiento en la sombra⁶⁸⁵. Dentro de los administradores de hecho ocultos, pueden a su vez distinguirse dos subtipos: los que actúan *ad extra* bajo otra apariencia (por ejemplo, de apoderado general) y los que permanecen en la sombra. El caso típico de los grupos es el segundo⁶⁸⁶. Sin embargo, en aras de una mayor claridad expositiva, en el presente trabajo

del grupo en sí, el administrador del grupo ejerce poderes propios de los administradores societarios. V. SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 245. También ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 28 y ss., insisten en que será necesario que concurren en la actuación de la matriz los presupuestos que se exigen para considerarla administrador de hecho. Y añaden que, para determinar si hay administrador de hecho, no son funcionalmente idóneos conceptos como «influencia decisiva» o «control» (art. 42 CCom), que son propias de un grupo pero no de la administración de hecho. Así, debe distinguirse entre «unidad de dirección» (lo que tiene el administrador de grupo) y «gestión efectiva» (lo que hace el administrador de hecho): «[D]irección unitaria de un grupo de sociedades y administración de una sociedad no son conceptos equiparables en tanto aquella se refiere a la planificación o coordinación conjunta de las actividades de las sociedades agrupadas conforme a unas determinadas directrices orientadas en función del interés del grupo, mientras que la administración se refiere al ejercicio de las competencias de gestión de la sociedad. La mera planificación conjunta de actividades, por tanto, no implica ni comprende necesariamente el ejercicio de las facultades de administración de las sociedades agrupadas». Sin embargo, en ocasiones puede ser difícil discernir cuándo nos encontramos ante una actuación de control de grupo y cuándo nos hallamos ante una actuación propia de la asunción de la gestión efectiva de la sociedad.

⁶⁸⁵ Así, mientras el administrador de hecho ejerce, aunque sin poderes (como consecuencia de un acto irregular o porque falta dicho acto), las funciones de administrador en primera persona, el administrador indirecto realiza dichas funciones mediante persona interpuesta, un testafarro u hombre de paja. V., al respecto, GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 181 y GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2584. En efecto, se han distinguido dos ámbitos donde se habla de un administrador de hecho: quien sin título gestiona en el tráfico la sociedad como administrador (administrador notorio) y el que, sin presentarse como tal administrador, domina de facto, indirectamente o como actuante, la administración de la sociedad (administrador oculto o quien de hecho gestiona la sociedad). La diferencia entre ambos tipos radica en que quien actúa como administrador sin título formal para ello, puede hacerlo bien abiertamente —presentándose como tal—, o de forma solapada —actuando realmente como tal pero sin presentarse como administrador—. V., sobre el particular, PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los “administradores de hecho”»: los que administran de hecho y los que de hecho administran», *RdS*, núm. 18 (2001), p. 280: «En el primer caso, cuando la persona que administra se presenta como tal, lo relevante es la protección del tráfico y con ello la apariencia [...]; en el segundo caso, cuando la persona que administra desea ocultar ese hecho, lo relevante es la seguridad jurídica; y con ello la realidad material». En el primer caso estamos ante un problema de representación («Al tercero no le interesa la relación exacta entre administrador y sociedad, sino solo que uno actúa en interés de la otra, esta lo consient y por lo tanto queda vinculada por la actuación de aquel»), en el segundo, ante un problema de responsabilidad (consiste en «hacer coincidir la realidad formal con la realidad sustancial, de modo que quien materialmente realizó o fue responsable de una actuación, asuma igualmente la responsabilidad y las consecuencias de la misma»).

⁶⁸⁶ V. PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los “administradores de hecho”»: los que administran de hecho y los que de hecho administran», cit., p. 286: «Piénsese así en la sociedad cabeza de grupo que, sin reservarse para sí la posición de administradora por medio de sus representantes, permite que la junta nombre un órgano de administración que va a quedar perfectamente sometido a su dictado. Nótese que aquí la sociedad cabeza de grupo no es la administradora de la dominada, caso que a efectos de responsabilidad no plantearía problemas, sino que la dominada tiene una administración en la que no participa la dominante pero que lógicamente está sometida a su mandato».

emplearemos un concepto unitario del administrador de hecho que abarque o englobe todas las categorías anteriores.

En definitiva, será habitual que, en el seno de un grupo, se den supuestos de administración fáctica y que, dependiendo del grado de centralización del grupo, las mismas personas reúnan la condición de administradores de hecho de diversas sociedades, o sean a la vez administrador de derecho de una sociedad y administrador de hecho de otra o a la vez administrador de hecho de una sociedad y apoderado general de otra. Para que un administrador de hecho sea persona afectada por la calificación, no solo ha de acreditarse que sus actuaciones, realizadas con dolo o culpa grave, generaron o agravaron el estado de insolvencia (art. 164.1 LC), sino que también deberá motivarse en la sentencia la atribución de la condición de administrador de hecho (art. 172.2-1.º LC). Las coincidencias entre las personas afectadas serán aún mayores dado que, como afirma la práctica totalidad de la doctrina, el establecimiento de la responsabilidad del administrador de hecho no exonera de responsabilidad al administrador de derecho⁶⁸⁷.

4. La coincidencia de los apoderados generales

La nueva redacción de la Ley Concursal incluye en el elenco de las posibles personas afectadas por la calificación a los «apoderados generales» (arts. 164.1 y 172.2-1.º LC). Debe entenderse que la norma se refiere a la representación voluntaria de ámbito general en las actividades que delimita el objeto social (arts. 281 y ss. CCom)⁶⁸⁸. El hecho de que la misma persona tenga poderes generales otorgados por varios deudores conexos es algo normal en el tráfico, ya que este otorgamiento suele realizarse en función de la confianza que los segundos tengan con aquella. Señaladamente, en los grupos de sociedades, los apoderados generales de los miembros del grupo pueden ser los mismos, de forma que las facultades de representación estén concentradas en un pequeño grupo de individuos.

⁶⁸⁷ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., pp. 129-130 y « Art. 172. Sentencia de calificación », cit., pp. 2584 y 2587. También SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades» cit., p. 246; LARGO GIL, R., y HERNÁNDEZ SAINZ, E., «La imputación de responsabilidad civil en el seno de los grupos de sociedades», cit., p. 434; GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 198; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Pamplona [Aranzadi], 2002, p. 90; MUÑOZ PAREDES, M.ª J., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Pamplona [Aranzadi], 1999, p. 94. Por eso mismo, la extensión de responsabilidad a los administradores de hecho no tiene carácter subsidiario, sino que puede realizarse aun existiendo y teniendo sustantividad los administradores de derecho, de forma que ambas figuras coexistan. Contra, sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, F., «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea en homenaje al prof. José Girón Tena*, Madrid, 1991, p. 953, quien abogaba por exonerar de responsabilidad a los administradores de las sociedades dependientes cuando se hubiesen visto obligados a actuar siguiendo las indicaciones de la sociedad dominante.

⁶⁸⁸ Recientemente se ha señalado que, aunque la mejora de ambos enunciados normativos es evidente, la referencia a los apoderados generales pide una delimitación de la categoría de sujetos conforme al criterio generalmente aceptado que se expone. V. YANES YANES, P., «La calificación del concurso», en Pulgar Ezquerro (dir.): *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid [La Ley], 2012, p. 551.

III. La coincidencia de los cómplices

En muchos casos la realización de la conducta que determina la calificación del concurso como culpable requiere la participación de terceros. Los cómplices son terceros colaboradores en las conductas que determinan la calificación del concurso como culpable. La calificación de un sujeto como cómplice requiere la concurrencia de un doble requisito: (1) que haya prestado su colaboración en la realización de aquellos actos que, por su incidencia en el origen o en el empeoramiento del estado de insolvencia, fundamentaron la calificación del concurso como culpable, y (2) que tal proceder se llevase a cabo con dolo o culpa grave⁶⁸⁹.

Entre los problemas de coordinación que pueden darse en las calificaciones de los concursos conexos, se encuentra la posibilidad de que las mismas personas sean consideradas como cómplices simultáneamente en varios concursos. También puede ocurrir que sean cómplices y personas afectadas por la calificación en varios concursos a la vez. Esta coincidencia es aún más probable si se tiene en cuenta que la complicidad en el ámbito concursal es un concepto más amplio que en el Derecho penal⁶⁹⁰ y que, en principio, la colaboración del cómplice puede consistir en el mero encubrimiento⁶⁹¹.

Además, el recurso a considerar a determinados sujetos cómplices puede ser de gran utilidad cuando, por problemas de prueba por ejemplo, no sea posible atribuirles la

⁶⁸⁹ No se atiende solo a la actividad desarrollada por el tercero, sino también a la voluntariedad con que se produce su intervención y a la consciencia de que participan en la causa o agravación de la insolvencia de quien recibe esa colaboración. Debe tratarse de una intervención voluntaria y que merezca reproche, los terceros deben ser conscientes de que participan en la generación o agravación de la insolvencia. V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 166. Cómplices», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2541. V., también, SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 253, que afirma que para que pueda existir complicidad es necesario (i) que la conducta de un tercero coopere a la generación o agravación de la insolvencia; (ii) que la cooperación sea dolosa o gravemente culposa; y (iii) que exista conciencia de que con la conducta se coopera a agravar o generar la insolvencia o que la conducta no observe las mínimas exigencias de diligencia para no participar en ese proceso.

⁶⁹⁰ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 143; SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 253. Sobre la complicidad concursal, v., también ROSENDE VILLAR, C., «Art. 166. Cómplices», en Cordon Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Navarra, 2009, pp. 587 a 597.

⁶⁹¹ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 143 y «Art. 166. Cómplices», cit., p. 2542. También en este sentido parece pronunciarse HIDALGO GARCÍA, S., «Art. 166. Cómplices», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, p. 2758, al afirmar que basta con que el cómplice tenga conocimiento de la existencia de la conducta, aunque no medie confabulación. Igualmente, FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 166. Cómplices», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 1712 y CÁMARA ÁGUILA, P., «Art. 166. Cómplices», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, p. 1769, quien afirma que la complicidad puede consistir en participar en el fraude pero también en conocer el fraude, es decir, que incluye tanto el *consilium fraudis* (ánimo de defraudar) como el *consciium fraudis* (connivencia).

condición de personas afectadas por la calificación en tanto que administradores de hecho⁶⁹².

IV. Los efectos de la declaración del concurso como culpable

Una vez descritas las personas que pueden resultar afectadas por la calificación (y los cómplices) en los concursos conexos, y tras haber concluido que no serán raras las coincidencias, debemos pasar a analizar los efectos que dicha calificación es susceptible de acarrear, así como si el solapamiento de efectos implica consecuencias negativas y la forma —si es que fuese necesario— de coordinarlos para minimizar o, incluso, eliminarlas.

La calificación del concurso como culpable conlleva una serie de efectos, ya que carecería de sentido que la calificación concursal agotase en sí misma la finalidad a la que responde: no solo se trata de valorar y calificar la conducta del deudor en relación con la producción o agravación del estado de insolvencia, sino además, y especialmente, de sentar las consecuencias que se siguen de dicha calificación culpable. Concretamente, existen dos tipos de efectos de la declaración del concurso como culpable: los efectos personales y los efectos patrimoniales.

1. Los efectos personales de la calificación del concurso como culpable

La calificación del concurso como culpable acarrea dos efectos de índole personal: la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona (art. 172.2-2.º LC)⁶⁹³ y la prohibición para ejercer el

⁶⁹² Así lo afirma SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 254: «Esto sucederá cuando, siendo atribuible a los administradores o liquidadores de la sociedad concursada la realización de la conducta que ha provocado o agravado la insolvencia, estos otros terceros vinculados al grupo no puedan ser considerados como administradores de hecho de la sociedad concursada y hubieran cooperado con los verdaderos administradores de la misma en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable». Pone un ejemplo: «Tratándose de grupos de sociedades, los negocios sobre las acciones de la sociedad dominante (equiparados a negocios sobre acciones propias por parte de la TRLSA y la LMV) (la adquisición por una filial de acciones de la dominante supone una adquisición indirecta de sus propias acciones por parte de la sociedad dominante) pueden haber provocado la insolvencia en beneficio de otras sociedades del grupo, o pueden haber cooperado a simular una situación patrimonial ficticia».

⁶⁹³ La inhabilitación, en principio, no se extiende a la administración de bienes propios. Sin embargo, en realidad la inhabilitación sí tiene efectos respecto de las facultades de administración y disposición del patrimonio propio (aunque en principio no se restringen). V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2588: «[N]o habrá que olvidar la prohibición para el ejercicio de comercio que recae sobre “las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso” (D. F. 2.ª, art. 13-2.º CCom). Esta prohibición de ejercicio de comercio no recae solo sobre el concursado, sino sobre todos aquellos sujetos que resultaran inhabilitados en virtud de la sentencia de calificación. En efecto, los inhabilitados conservarán sus facultades de disposición sobre el patrimonio formado por los bienes propios pero no podrán disponer de tales bienes para llevar a cabo una actividad —el ejercicio de comercio— que les viene impedida ministerio legis». Sobre el alcance de la inhabilitación, v., también, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 172.2-2.º LC», cit., pp. 2880 a 2884 y FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., pp. 1777 y 1778.

comercio o tener cargo o intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales (D. F. 2.ª LC que modifica el art. 13.2 CCom). Estos efectos recaen sobre las personas afectadas por la calificación (si el deudor es persona jurídica, serán las personas que tengan reconocida o ejerzan de hecho la administración y representación de la misma)⁶⁹⁴, pero no sobre los cómplices. En cuanto a si también recaen sobre el concursado, la respuesta debe ser afirmativa aunque la Ley no lo diga expresamente⁶⁹⁵.

1.1. La inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona

Por lo que respecta a la inhabilitación, se trata de un efecto necesario, esto es, tiene que acordarse siempre que el concurso se califique como culpable y existan personas sobre las cuales recaiga dicha calificación. La necesidad de este efecto no conlleva, sin embargo, su automatismo: es necesario que el órgano jurisdiccional especifique, para cada sujeto afectado, la duración de la inhabilitación, que puede ir de dos a quince años.

En los concursos conexos, puede suceder que, en diferentes procedimientos, se impongan varias sanciones de inhabilitación sobre un mismo sujeto (por ejemplo, una inhabilitación de cinco años en tanto que administrador de derecho de la sociedad A y otra de ocho años en tanto que administrador de hecho de la sociedad B, ambas integrantes del mismo grupo). Hasta la reforma de 2011, surgía la duda de cuál debía ser el periodo finalmente efectivo de inhabilitación. Tras la misma, sin embargo, dicho periodo es la suma de las sanciones impuestas en cada uno de los concursos (art. 172.2-2.º tercer inciso LC). El inconveniente de la solución «aditiva» por la que se ha decantado el legislador es que puede dar lugar a inhabilitaciones desmesuradas (recuérdese que el máximo son quince años por concurso). Además, puede implicar una suerte de *bis in idem* si la calificación de todos los concursos como culpables se basa en una misma actuación u omisión por parte de la persona afectada.

Sin embargo, la propia norma nos brinda una vía para modular la estricta aplicación de la regla anterior. Efectivamente, la Ley 38/11 introdujo, como un factor que permite modular la duración de la inhabilitación, la coincidencia en una misma persona de diversas sanciones de inhabilitación (art. 172.2-2.º primer inciso LC). Junto a los

⁶⁹⁴ Si la persona afectada por la calificación es una persona jurídica, la inhabilitación será para la persona jurídica (así lo entiende GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 159. Señala este autor que, en tales casos, la actividad social puede verse cercenada: «[E]l problema pudiera agudizarse en aquellos supuestos en que el objeto social de tal administrador persona jurídica conllevara la realización de actividades que vendrían impedidas como consecuencia de la inhabilitación ordenada, por ejemplo, el desempeño de la gestión de patrimonios ajenos». En estos casos extremos, opina el autor que habría que disolver la sociedad o bien modificar los estatutos en cuanto al objeto social.

⁶⁹⁵ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., pp. 2588 y 2589; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 172.2-2.º LC», cit., p. 2878; ROSENDE VILLAR, C., «Art. 164. Concurso culpable», cit., p. 569; COLÁS ESCANDÓN, M.ª, «Art. 172. Sentencia de calificación», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, p. 1803.

parámetros ya existentes que autorizaban esta modulación (la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio), se ha introducido «la declaración culpable en otros concursos». De esta forma, queda a discreción del órgano jurisdiccional la modulación (si procede) de la sanción⁶⁹⁶. La posibilidad de graduar la temporalidad de la sanción se introduce sin que sea necesario que los concursos se hayan acumulado, ni parece que deba tratarse de concursos conexos stricto sensu (los supuestos de los arts. 25 y 25 bis LC).

1.2. La prohibición para ejercer el comercio o tener cargo o intervención directa en compañías mercantiles o industriales

Corolario de la sanción de inhabilitación es la prohibición para ejercer el comercio o tener cargo o intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales (salvo que en la sentencia de calificación se disponga otra cosa, D. F. 2.^a LC que modifica el art. 13.2 CCom). Los efectos que esto puede tener son especialmente graves en el caso de los grupos, ya que puede conducir directamente a su desmantelamiento. Imagínense los perniciosos efectos que esta medida puede tener en los casos en los que se hubiesen aprobado, partiendo de una perspectiva holística, convenios condicionados (y pendientes de cumplimiento) entre los miembros del grupo.

Sin embargo, la reforma de la Ley 38/11 permite suavizar los efectos de esta prohibición, ya que se establece la posibilidad de que la sentencia de calificación la module (D. F. 2.^a LC que modifica el art. 13.2 CCom)⁶⁹⁷. Queda, pues, en manos del órgano jurisdiccional la mitigación de estos efectos cuando su rígida aplicación pudiese destruir lo logrado en las fases anteriores de los concursos conexos.

2. Los efectos patrimoniales de la calificación del concurso como culpable

Junto a los efectos personales, la calificación del concurso como culpable puede tener efectos patrimoniales sobre las personas afectadas por la calificación y los cómplices, pero nunca sobre el concursado —puesto que disminuiría la masa activa destinada a satisfacer los créditos de los acreedores⁶⁹⁸—. Los efectos patrimoniales son de cuatro tipos, y no

⁶⁹⁶ Antes de la reforma de 2011, se llegó incluso a suspender la ejecución de la sanción de inhabilitación. Esta suspensión fue acordada en el concurso de Ediciones del Prado, S. A., por medio de la SJM 7 Madrid 11.4.2008, y confirmada por la SAP Madrid [28.ª] 17.4.2009. En ese caso, la suspensión de la sanción pretendía evitar que la inhabilitación se convirtiese en un elemento desincentivador del convenio. V., al respecto, GUILARTE, C., «La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento del convenio: una reflexión crítica», *ADCo*, núm. 15 (2008), pp. 386 a 394 y GALLEGO, E., «La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades», *ADCo*, núm. 16 (2009), pp. 299 a 353. Tras la reforma, se ha plasmado esta posibilidad con la previsión de que, en caso de convenio y si así lo solicita la administración concursal, la sentencia de calificación pueda autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada (art. 172.2-2.º segundo inciso LC).

⁶⁹⁷ La norma establece que «[s]i se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga».

⁶⁹⁸ V., supra, notas 663 y 664. Como acertadamente afirma GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 110: «[R]esulta un contrasentido que, ante su insolvencia declarada, pueda pensarse siquiera

todos ellos tienen que darse necesariamente. Algunos son susceptibles de imponerse tanto a las personas afectadas por la calificación como a los cómplices; otros, en cambio, son privativos de aquellas.

2.1. La extinción de derechos de crédito y la devolución de bienes y derechos obtenidos indebidamente

Los efectos patrimoniales que deben darse en todo caso son la extinción de los derechos de crédito (concursoales o contra la masa) de las personas afectadas y los cómplices, así como la obligación de restitución de los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o que hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2-3.º LC). Estos efectos no plantean problemas en cuanto a su imposición sobre una misma persona que haya sido declarada afectada por la calificación culpable de diversos concursos conexos, dado que los derechos de crédito a extinguir y los bienes a devolver serán distintos en cada caso.

Puede suceder también que la persona afectada o el cómplice sea, a su vez, un deudor conexo en concurso: piénsese, por ejemplo, que la matriz fuera persona afectada en tanto que administradora de la filial, y que tanto la matriz como la filial se encuentren en concurso. Naturalmente, la extinción de los derechos de crédito que la matriz tenga frente a la filial y la devolución de bienes son medidas que reducirán la masa concursal de la matriz y por lo tanto redundarán en una menor satisfacción de los acreedores de esta en beneficio de los acreedores de la filial (sin perjuicio, claro está, de que los acreedores de la sociedad matriz puedan ejercitar contra los administradores de la misma las acciones de responsabilidad que correspondan). Los problemas en estos casos pueden provenir de la descoordinación y del desacompañamiento de los diversos concursos. Continuando con el ejemplo anterior, imagínese que la sentencia firme que resuelve la sección de calificación del concurso de la filial (y que contiene los pronunciamientos de condena consistentes en la extinción de los derechos de crédito de la matriz y la devolución de bienes y derechos indebidamente obtenidos por esta) se dicta una vez concluido el concurso de la matriz. Los acreedores de la sociedad filial deberían, entonces, accionar contra los acreedores —ya satisfechos— de la matriz, a fin de que devolviesen lo cobrado indebidamente. Este tipo de situaciones, menos excepcionales de lo que pudiera parecer, deben ser abordadas *ex ante* (a partir de la coordinación institucional que comentada en secciones anteriores), ya que su solución *ex post*, además de costosa y difícil, puede incluso ser imposible.

en anudar efectos patrimoniales a tal calificación y que recayeran sobre el propio concursado, dada la elemental vigencia de un principio de universalidad en la determinación de la masa activa (art. 76.1 LC)». Sí que tiene sentido que los efectos patrimoniales recaigan sobre otros sujetos, porque estos son titulares de un patrimonio personal y por lo tanto separado de aquel que está en concurso.

2.2. La indemnización de daños y perjuicios y la imposición de responsabilidad concursal

La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados puede imponerse tanto a las personas afectadas por la calificación como a los cómplices⁶⁹⁹. En cuanto a la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC), se trata de un efecto que tiene carácter cumulativo con el resto de efectos, pero que no siempre se acordará. Han de concurrir, en efecto, los requisitos para ello⁷⁰⁰, y los afectados serán los administradores, los liquidadores, de hecho o de derecho, o los apoderados generales de la persona jurídica en concurso. Llamativamente, se ha llegado a equiparar la imposición de responsabilidad concursal a la consolidación sustantiva (v. Tercera Parte)⁷⁰¹, lo cual nos da un indicio de su relevancia en el caso de los concursos conexos.

En ambos casos, los fondos obtenidos ingresan en la masa activa (esto es, se destinan genéricamente a satisfacer a todos los acreedores del concurso en el que se hayan decretado). El problema que puede surgir en caso de concursos conexos con estos dos efectos patrimoniales es que se acuerden separadamente en varios concursos y que recaigan sobre la misma persona. Por ejemplo, puede suceder que un mismo sujeto sea condenado a cubrir el déficit o a indemnizar los daños y perjuicios en el concurso de la sociedad A (en su condición de administrador de derecho) y, también, a cubrir el déficit o a indemnizar los daños y perjuicios en el concurso de la sociedad B (en su condición, póngase por caso, de administrador de hecho). Si el patrimonio de la persona afectada es suficiente para hacer frente a todas las condenas, no habrá problemas. Sí los habrá, sin embargo, cuando no sea así.

Si no se adopta ninguna medida de coordinación, la prioridad en cobrar la tendrá el concurso en el que antes se ejecute la sentencia de calificación. Sin embargo, esta solución, que refleja el principio *prior tempore, potior iure*, no es óptima: implica la íntegra satisfacción de los acreedores de un concurso en detrimento de los acreedores de otro concurso. En otras palabras, se hace primar el interés de un concurso sobre el de otro sin motivo aparente. La solución, al contrario, debe partir de los mismos principios en los que se basa el Derecho concursal, especialmente el principio de la *par condicio creditorum*.

⁶⁹⁹ De hecho, tras la reforma operada por la Ley 38/11, la condena a los cómplices se repite (seguramente debido a un descuido del legislador) en dos preceptos (art. 172.2-3.º y 172.3 LC). Sobre este efecto, v. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2593 y *La calificación del concurso*, cit., pp. 164-169; MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2845; FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., pp. 1780 y 1781.

⁷⁰⁰ A saber: que se haya abierto la fase de liquidación, que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todos los créditos, y que el concursado sea una persona jurídica (art. 172 bis LC).

⁷⁰¹ En palabras de SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», cit., p. 257: «En el caso de que la sociedad matriz sea directamente afectada por la calificación como culpable del concurso en concepto de administrador de hecho de la sociedad filial y se le condene, entre otros extremos, a pagar totalmente a los acreedores la parte de sus créditos no percibida en la liquidación de la masa activa de la sociedad filial declarada en concurso, se llega a una solución equivalente a la de la consolidación sustantiva que en ocasiones ha utilizado la jurisprudencia norteamericana en el caso de quiebras de sociedades integradas en grupos».

Al fin y al cabo, es de lo que se trata aquí: hay un patrimonio insuficiente para cumplir todas sus obligaciones. Aquí, las «acreedoras» son las masas activas de cada uno de los concursos conexos, y el deudor es la persona afectada por la calificación común o el cómplice común⁷⁰².

⁷⁰² La problemática de la concurrencia en una misma persona de varias condenas por responsabilidad por deudas en varios concursos conexos se asemeja a los problemas que genera la coordinación de acciones contra los administradores de una misma persona jurídica. Los motivos que se adujeron para defender la necesidad de coordinar el ejercicio de estas acciones consistían básicamente en que, mediante las mismas, algún acreedor podría obtener la íntegra satisfacción de su crédito por vías extraconcursoales en detrimento del resto de los acreedores sometidos al concurso. Así lo pusieron de manifiesto, entre otros, MARTÍN REYES, M.^a A., «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, núm. 277 (2010), pp. 890 y ss.; MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., pp. 2851 y ss.; ROSENDE VILLAR, C., «Art. 172. Sentencia de calificación», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.^a ed, Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 649 y 650. Ciertamente, antes de Ley 38/11, la declaración de concurso (y, por ende, la responsabilidad concursal) era compatible con el ejercicio de la acción social (art. 241 LSC), de la acción individual de responsabilidad (art. 241 LSC) y de la acción de responsabilidad por deudas sociales derivada del incumplimiento de los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución de la sociedad (art. 367 LSC). La declaración de concurso no impedía el ejercicio de estas acciones tras la declaración. De igual forma, la declaración de concurso tampoco afectaba a los procesos iniciados con anterioridad. Tras la reforma, esta cuestión se ha coordinado. Ahora, la acción social de responsabilidad, si ya ha sido ejercitada con anterioridad a la declaración de concurso, los autos se acumularán de oficio al concurso (art. 51.1 LC). Declarado el concurso, la acción social puede ejercitarse pero se restringe la legitimación activa a la administración concursal (art. 48 quinquies), ya se fundamente en daños anteriores o posteriores a la declaración de concurso (art. 8.7.º LC). En cuanto a la acción individual de responsabilidad, la declaración de concurso no afecta ni a las que ya se hubiesen ejercitado y estuviesen en tramitación, ni al ejercicio de nuevas acciones. Por lo que respecta a la acción de responsabilidad por deudas sociales derivada del incumplimiento de los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución, los procedimientos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso quedan en suspenso. Declarado el concurso y hasta su conclusión, no pueden ejercitarse dichas acciones. Una buena síntesis de la reforma de estas cuestiones puede encontrarse en ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación», *RCP*, núm. 14 (2011), pp. 98 y ss. El problema de esta coordinación solo alcanza a aquellos supuestos en que los administradores no pueden asumir la responsabilidad porque no disponen de patrimonio suficiente como para atender íntegramente el pago de las deudas sociales. Si la solvencia de estos administradores permite la completa satisfacción de los créditos de terceros frente al concursado no media problema alguno. Así lo entiende GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, cit., p. 213: «[S]i se quiere efectuar un enfoque realista del problema, me parece que debemos reducir su alcance exclusivamente a aquellos supuestos en que los administradores no pudieran asumir la responsabilidad que les imponen las normas citadas, pues no disponen de patrimonio suficiente como para atender íntegramente el pago de las deudas sociales». Por el contrario, si el administrador no puede hacer frente totalmente a esta responsabilidad por las deudas sociales, el riesgo está en que mediante las reclamaciones individuales de los acreedores frente a él pudiera darse al traste con la clasificación y prelación de créditos dispuesta en sede concursal. Bastaría, en efecto, con que el acreedor cuyo crédito fuera postergado actuara con mayor diligencia que el titular de un crédito privilegiado para que, reclamando en primer lugar y al margen del concurso frente al administrador, obtuviera la íntegra satisfacción de su crédito, de tal modo que cualquier otro acreedor, incluso con mejor derecho en otro concurso, se encontrara posteriormente con la insolvencia de su deudor-garante, esto es, el administrador de la persona jurídica concursada. También en este caso recomienda GARCÍA CRUCES instar el concurso del administrador y acumularlo al concurso de la sociedad: «Sin embargo, en tal situación, tanto el administrador como sus acreedores estarían legitimados para instar la declaración de concurso de aquel. El concurso del administrador permitiría revisar, a través del expediente de las acciones de reintegración, la actuación seguida por este y que le llevó a atender el pago de los acreedores de la persona jurídica concursada y que frente a esta y en su concurso tenían un derecho postergado respecto de otros acreedores [...] Ante la omisión de una norma expresa, la necesaria coordinación de ambas acciones podría llegar a justificarse en una interpretación amplia de la norma sobre acumulación al concurso de una persona

En realidad, a lo que debemos tender es a lograr una especie de *par condicio concursorum*, consistente en que el patrimonio insuficiente de las personas afectadas por la calificación o los cómplices se reparta equitativamente entre los diversos concursos, en el caso de ser insuficiente para satisfacerlos a todos⁷⁰³. Téngase en cuenta que la solución más equitativa

jurídica de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica». V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 172. Sentencia de calificación», cit., p. 2601. Insiste en ello en *La calificación del concurso*, cit., p. 214.

⁷⁰³ Nos hallamos ante la clásica pugna entre los dos principios que sirven de pilares al Derecho de la tutela del crédito: el principio de preferencia y el principio de proporcionalidad. Conforme al principio de preferencia, determinados créditos han de ser preferidos a otros en las situaciones en las que se produzca una concurrencia de acreedores en la ejecución de los bienes del patrimonio del deudor. El principio de preferencia tiende a la jerarquización de los créditos, al establecimiento de una graduación que ordene dichos créditos conforme a diversos criterios. Uno de estos criterios es el de la prioridad temporal pero debe tenerse en cuenta que el alcance del principio de preferencia es mucho mayor que el de prioridad temporal. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, los distintos acreedores que concurren a una ejecución deben soportar la pérdida derivada de la insuficiencia patrimonial del deudor de una manera proporcional a la cuantía de sus respectivos créditos. Este principio tiende a la consideración uniforme de los acreedores, sin establecer diferencias entre ellos por razones sociales, económicas o de cualquier otra índole. GARRIDO, J. M.^a, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid [Civitas], 2000, pp. 32 y 33. La cuestión reviste una gran importancia porque, si no se adoptan medidas concretas, puede otorgarse una preferencia injustificada a alguno de los concursos conexos —*rectius*, a sus acreedores—. A falta de un derecho de preferencia expresa a favor de alguno de los concursos, ningún concurso puede ostentar un derecho frente a los demás. Cada concurso puede actuar contra el sujeto en reclamación de la responsabilidad que proceda y ninguno de ellos puede impedir que en los demás concursos se realice también dicha reclamación. De ahí que todos los concursos deban recibir un trato igual, materializado en la regla de reparto proporcional. Afirma GARRIDO, *ibíd.*, pp. 118 y 119: «Cuando varios acreedores concurren en la ejecución del patrimonio del deudor y ninguno de ellos tiene atribuido un derecho de preferencia, se presenta la cuestión de la distribución del producto de la ejecución entre los acreedores (acreedores comunes u ordinarios). Obviamente, si el producto de la ejecución basta para satisfacer por completo los créditos concurrentes, no existe problema alguno. La situación es bien diversa cuando el producto de la ejecución no es suficiente para lograr esa satisfacción plena, bien por la insuficiencia del patrimonio del deudor, bien por el ejercicio de los derechos de preferencia de otros acreedores. En esta situación, a falta de derechos de preferencia, ningún acreedor puede ostentar un derecho frente a los demás, ni puede, por tanto, considerar a ninguno de los demás acreedores como sujeto pasivo de un derecho a él atribuido. Cada acreedor tiene un derecho de crédito frente al deudor, pero ninguno de ellos ostenta un derecho que le permita obligar a los demás acreedores a soportar la satisfacción completa de ese crédito. De aquí se colige que todos los acreedores pueden actuar contra el deudor en ejercicio de su derecho de crédito y que ninguno de ellos puede impedir que los demás acreedores ejerzan ese mismo derecho. Aparentemente, pues, todos los acreedores ejercen igualmente las acciones para reclamar el pago de sus respectivos créditos y han de obtener un pago igual. Sin embargo, el concepto de “igualdad” puede recibir interpretaciones muy diversas. En realidad, el Derecho concursal se dedica a regular el ejercicio de la acción colectiva de los acreedores ordinarios, obligando a estos a acumular todas sus pretensiones, formando el “pasivo concursal ordinario”. La cantidad compuesta por el pasivo concursal ordinario habrá de confrontarse con la cantidad obtenida en la liquidación del patrimonio del deudor, una vez satisfechos los créditos contra la masa y los créditos con preferencia. De la confrontación entre una cantidad y otra se obtendrá el cociente que servirá de medida para la satisfacción de todos los créditos ordinarios. Este es el mecanismo que denominamos regla de reparto proporcional, expresión máxima, como es obvio, del principio de proporcionalidad. La norma de reparto proporcional constituye una medida de tutela del derecho de crédito que beneficia a todo acreedor. Con esta norma se impide que los acreedores que cuentan con un derecho de la misma naturaleza puedan imponerse a los demás, disminuyendo así el daño que la insolvencia produce a los acreedores ordinarios». Y la ligazón entre igualdad de los acreedores o *par condicio* con el concepto de satisfacción proporcional de los créditos se hace de modo casi automático (*ibíd.*, p. 722). Como afirma este autor, «el principio de proporcionalidad tiene una doble vertiente: del lado negativo, el principio se aplica fundamentalmente por la ausencia de causas de preferencia; del lado positivo, se trata de la norma que ha de regir la concurrencia de acreedores ordinarios en el concurso»

no es repartir alícuotamente el patrimonio de la persona afectada entre los concursos, porque puede suceder que con este sistema un concurso vea totalmente cubierto su déficit y otro no. Por ejemplo, póngase por caso que el patrimonio del sujeto afectado asciende a 10.000 euros, con los que debe cubrir el déficit de dos concursos. El concurso de la sociedad A tiene un déficit de 8.000 euros, mientras que el de la sociedad B tiene un déficit de 5.000 euros. Ante la insuficiencia del patrimonio de la persona afectada para hacer frente íntegramente a ambos déficits, podría sugerirse destinar el 50 % del mismo a cada concurso. De esta forma, ingresarían 5.000 euros en la masa activa de A y otros 5.000 euros en la masa de B. El problema de esta solución es que, con ella, los acreedores de uno de los concursos (el de B concretamente) verán íntegramente satisfechos sus créditos, al contrario que los acreedores de A. La solución más ecuánime —y también la más difícil de lograr— consistiría en que en cada concurso se abone el mismo porcentaje de déficit. Es decir, que si en el concurso de la sociedad A se cubre el 75 % del déficit, ese mismo porcentaje debe ser el cubierto en el concurso de la sociedad B.

Como el lector ya habrá imaginado, la solución a este tipo de problemas pasa por instar la declaración de la persona afectada por la calificación culpable de los diversos concursos conexos (arts. 1 y 2 LC). El concurso de esta persona es, precisamente, la vía por donde debe canalizarse el pago equitativo y ordenado a todos los concursos en cuya generación o agravación de la insolvencia haya intervenido dolosa o culposamente.

En el caso de que, en el momento en que se declara el concurso de la persona afectada múltiplemente por las calificaciones culpables de varios concursos conexos, esta ya hubiese hecho efectiva la indemnización de daños y perjuicios o la responsabilidad concursal de alguno de los concursos, podría valorarse el ejercicio de una acción de rescisión concursal (arts. 71 y ss. LC) contra dicho pago⁷⁰⁴, de forma que las cantidades abonadas retornasen a la masa activa.

(ibíd., p. 119, nota 244). La regla de reparto proporcional es una norma residual. La regla proporcional debe aplicarse siempre que no pueda afirmarse la existencia de un derecho de preferencia de un acreedor frente a otro u otros. Por tanto, el principio de proporcionalidad actúa como cierre del sistema. Por eso hay que preguntarse si existe un derecho de preferencia fundado. En el caso de los concursos conexos en los cuales coinciden —total o parcialmente— las personas afectadas por la calificación, no se entiende por qué alguno o algunos de los mismos deberían ver íntegramente cubierto el déficit y, por consiguiente, maximizada la satisfacción de los acreedores, en detrimento de los demás. En muchas ocasiones, la preferencia podría derivar de una administración concursal más ágil (si existen múltiples administraciones concursales) o parcial e interesada (si solo existe un órgano), o de un juzgado menos saturado, etc. De ahí que lo procedente sea la organización de una comunidad de pérdidas. Así, aparte del fundamento de la igualdad entre sujetos como base de la *par condicio*, también está la conveniencia de compensar las influencias de los acreedores, justificándose como la manera de encontrar un equilibrio entre las fuerzas discordantes de estos. En tal sentido, la *par condicio* sería el modo de organizar una comunidad de pérdidas, como la que constituye el concurso, a través de la articulación de un principio de equilibrio entre los diversos sujetos que participen en la comunidad: «En realidad, las diversas teorías hacen hincapié en el mismo aspecto: la constitución de una comunidad de acreedores sobre los bienes del deudor. De ahí se pasa a afirmar que tal comunidad debe gobernarse de acuerdo con la regla de la igualdad proporcional». Téngase en cuenta que aquí nos referimos a la *par condicio* como principio de reparto del activo, separada del principio de igualdad, centrada en el significado económico del principio de proporcionalidad.

⁷⁰⁴ Obviamente, no contra la sentencia de condena.

La problemática antes descrita será más frecuente y difícilmente resoluble cuando los concursos no se hayan acumulado. Sin embargo, la acumulación, aunque puede servir para prevenir el problema, no lo evita completamente. Si se acumulan los concursos pero no se nombra una administración concursal común (como permite el art. 27.5 LC), la descoordinación será grave, dado que cada administración —cumpliendo, por otra parte, con su deber de maximizar la masa concursal— intentará que aquellos sujetos sobre los que recaen efectos patrimoniales múltiples (referidos a diferentes concursos) paguen primero a su concurso que a los demás. Si la administración concursal es común a todos los concursos conexos, surge en el seno de la misma un conflicto de intereses, que podrá solucionarse o bien mediante el nombramiento de un auxiliar independiente en cada concurso⁷⁰⁵ o bien mediante la adopción, por parte de esta administración concursal única, de medidas destinadas a coordinar equitativamente la imposición de efectos patrimoniales.

2.3. La imposición de medidas cautelares para asegurar la responsabilidad concursal

Los problemas relativos a la condena a la cobertura del déficit pueden darse también en sede cautelar, dado que existe la posibilidad de embargar preventivamente bienes y derechos para asegurar el posterior cumplimiento de esta responsabilidad (art. 48 ter LC). Esta medida cautelar tiene carácter accesorio e instrumental respecto de la pretensión principal (que deberá ejercitarse en la sección sexta)⁷⁰⁶. Así, los problemas antes comentados pueden surgir mucho antes de que se aperture la pieza de calificación.

El embargo preventivo puede acordarlo el juez tanto de oficio como a solicitud razonada de la administración concursal siempre que se den los requisitos necesarios para ello⁷⁰⁷. Los destinatarios de la medida se dividen en dos grupos, que, por otra parte, coinciden con dos supuestos de conexiones entre concursos (los grupos de sociedades y los socios personalmente responsables de las deudas de una sociedad, arts. 25 y 25 bis LC). Por un lado, pueden serlo los administradores (o liquidadores), de hecho o de derecho, y apoderados generales de la sociedad y quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 48 ter.1 LC)⁷⁰⁸. Por otro lado, también pueden serlo los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad

⁷⁰⁵ V., supra, capítulo VI.

⁷⁰⁶ V. ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 33.

⁷⁰⁷ Las premisas legales para la procedencia de la medida cautelar son: (i) que pueda estimarse fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable; (ii) que no existan activos reales en el patrimonio de la concursada con valor suficiente para satisfacer su pasivo, por lo que ni haya posibilidad de plantear un convenio ni en la fase de liquidación se vayan a poder atender con cargo a los bienes de la masa activa las deudas contraídas por dicha sociedad. Estas dos circunstancias constituirían el *fumus bonis iuris*, al que debería unirse el requisito de *periculum in mora* (riesgo de ineffectividad de la futura condena). V., entre muchas otras resoluciones, los AAP Álava [1.ª] 10.2.2011, AJM 1 Granada 30.9.2011, AJM 8 Madrid 30.3.2012, AJM 6 Madrid 30.3.2012.

⁷⁰⁸ El ámbito subjetivo del primer apartado coincide con el de las personas sobre las cuales puede recaer la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC).

anteriores a la declaración de concurso (art. 48 ter.2 LC)⁷⁰⁹. En el caso de que, por la especial conexión entre procedimientos, los embargos preventivos de bienes que se acuerden en varios concursos diferentes deban recaer sobre la(s) misma(s) persona(s), se plantean diversos problemas.

En primer lugar, la iniciativa para solicitar y para acordar los embargos es susceptible de generar serios conflictos de intereses tanto en la administración concursal común (de haberse nombrado un órgano unitario) como en el órgano jurisdiccional encargado de acordar la medida cautelar. En ambos casos, puede favorecerse a uno de los concursos en detrimento de los demás, por ejemplo, si el embargo cautelar se acuerda solo en uno de los concursos y no en el resto. De esta forma, se estaría asegurando la responsabilidad concursal en uno de los concursos conexos, mas no en el resto. Por ello, estimamos necesario que estos conflictos de intereses, que conculcan la imparcialidad de los órganos del concurso, sean convenientemente solucionados. En el caso del órgano jurisdiccional, la solución pasa por abstenerse de adoptar de oficio tales medidas cuando se enfrente a un caso de concursos conexos donde el sujeto a embargar coincide en todos ellos. En el caso de la administración concursal común, por el contrario, el conflicto debería solucionarse conforme a alguna de las vías sugeridas en este trabajo (v., supra, capítulo VI).

En segundo lugar, puede suceder que el embargo se decrete, en varios concursos —y por importes diferentes— sobre los mismos sujetos. Una vez que el órgano jurisdiccional acuerda el embargo preventivo sobre los bienes y derechos de las personas afectadas por un determinado importe, la administración concursal puede instar medidas de traba y aseguramiento sobre bienes concretos. Una de estas medidas es la anotación preventiva de embargo⁷¹⁰, tradicionalmente ideada para brindar protección a los acreedores⁷¹¹ y cuya

⁷⁰⁹ Se trata de los socios de la sociedad civil (art. 1698 CC), colectiva (127 CCom), AIE (art. 5.2 LAIE), socios colectivos de la sociedad comanditaria simple (148 CCom) o por acciones (151 CCom), y socios comanditarios cuyo nombre se incluya en la razón social (art. 147.2 CCom). No se incluyen, en cambio, los socios que sean solidariamente responsables de las deudas contraídas por una sociedad anónima o una sociedad limitada que no hubiera registrado su situación ni tampoco aquellos administradores (sean o no socios) de sociedades de capital que hubiesen sido sancionados con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales. V. BELTRÁN, E., «Art. 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 985.

⁷¹⁰ Hoy en día existe una nítida diferencia entre el embargo y su anotación preventiva, meramente declarativa: el embargo existe desde que se decreta, aunque no se hayan adoptado medidas de garantía o publicidad de la traba. El embargo, además, puede recaer sobre una diversidad de bienes y solo cuando son inscribibles es posible anotar preventivamente la traba en el correspondiente Registro (art. 629 LEC). Así, la anotación preventiva de embargo no es más que una garantía que en ocasiones acompaña al embargo pero que es distinta de este. Lo que sucede es que la anotación preventiva puede dotar a la traba de determinados efectos frente a terceros. V. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Eficacia del embargo preventivo y su alcance frente a terceros*, Pamplona [Aranzadi], 2006, p. 34. Las anotaciones preventivas de embargo constituyen en el Ordenamiento español una causa de preferencia especial. Se trata de una causa de preferencia fundada en la actividad judicial, esto es, atribuida por la Ley a aquellos acreedores que hayan logrado un reconocimiento judicial (incluso meramente provisional) de sus derechos. Son causas de preferencia que no encajan entre las causas de preferencia convencionales (porque no es necesario el consentimiento del deudor para que surja el derecho de preferencia a favor del acreedor) ni entre las causas de preferencia de origen legal. Así lo señala GARRIDO, J. M.^a, *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pp. 368 y ss. «La causa de preferencia tiene como presupuestos la existencia de un mandamiento judicial y la

consecuencia es el empeoramiento del rango de los embargos anotados posteriormente⁷¹². Es la anotación y no la traba la que otorga al acreedor embargante una preferencia de cobro que además solo opera frente a los créditos nacidos con posterioridad a la anotación (art. 1923.4.º CC). En el caso que estamos analizando, la preferencia de cobro vendría atribuida no a un acreedor, sino a uno de los concursos conexos.

Al igual que sucedía con la imposición de varias condenas de cobertura del déficit sobre la misma persona, en sede cautelar no deberían surgir problemas cuando el patrimonio de esta alcance a cubrir la totalidad de las cuantías de los embargos. Sin embargo, si el patrimonio de la persona afectada por la medida cautelar resulta insuficiente para cubrir el importe de todos los embargos, el principio de prioridad temporal que rige en la materia determinará que el concurso en el que antes se trabe el embargo goce de prioridad en el cobro⁷¹³. De esta forma, puede suceder que los acreedores del primer concurso en el que se acuerde el embargo vean, al fin, íntegramente satisfechos sus créditos, en detrimento de los acreedores de los demás concursos conexos, con lo que se favorecería, sin motivo aparente⁷¹⁴, a algunos concursos —*rectius*, a los acreedores de los mismos—.

anotación en el Registro de la Propiedad. La necesidad de mandamiento judicial (art. 1453 LEC 1881, art. 629 LEC 2000) pone el acento en el origen de la causa de preferencia, que no es ni convencional ni legal. Para que nazca el derecho de preferencia es preciso, además, que el mandamiento judicial sea anotado en el Registro de la Propiedad. Discute la doctrina sobre si la anotación es constitutiva para que exista embargo. La posición más lógica es la de aquellos que sostienen que la anotación no tiene carácter constitutivo, pero en lo que se refiere al derecho de preferencia, este ha de estimarse nacido desde el momento en que se anota el embargo en el Registro, ya que entonces es cuando despliega sus efectos frente a terceros. Afirman que la anotación no tiene naturaleza constitutiva las RRDGRN de 18.3.2006 y 29.10.2004.

⁷¹¹ V. GARRIDO, J. M.^a, *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., p. 371. La función fundamental de las anotaciones preventivas es la de evitar que el deudor eluda el embargo o la ejecución enajenando el bien. Tienen un efecto jurídico-real y concede una preferencia especial, aunque hay un sonado debate. La anotación preventiva dota al embargo de una serie de efectos que lo aproximan al derecho real. Frente a ello, la DGRN entiende el embargo como sujeción de un bien al proceso (por ejemplo, en la resolución de 18.3.2006). V., extensamente sobre esto, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Eficacia del embargo preventivo y su alcance frente a terceros*, cit., pp. 33 y ss. Esta autora señala, en p. 44: «A falta de publicidad registral del embargo, la eficacia del mismo quedaría restringida al ámbito del procedimiento en que se decretó la traba, con el riesgo de que se suscitaran conflictos de intereses de difícil solución con terceros que ignorasen la existencia del embargo. La situación deviene radicalmente distinta cuando el embargo es objeto de una anotación preventiva, debido a la oponibilidad que se deriva de la publicidad registral y de la preferencia de cobro reconocida en estos casos, con la cual se completa la protección al acreedor embargante».

⁷¹² En palabras de GARRIDO, J. M.^a, *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., p. 374: «Desde un punto de vista valorativo, la anotación preventiva de embargo es extremadamente perniciosa para los procedimientos concursales, puesto que lanza a los acreedores a una carrera procesal para embargar los bienes del deudor — justo lo que los procedimientos concursales tratan de evitar—».

⁷¹³ Téngase en cuenta que está expresamente permitido el reembargo (art. 610 LEC), esto es, la posibilidad de decretar segundo y ulteriores embargos sobre un bien ya trabado, quedando el reembargo subordinado a la primera traba. Con el producto obtenido de la realización del bien se satisfará en primer lugar el derecho del ejecutante del embargo anterior y posteriormente al acreedor reembargante.

⁷¹⁴ En efecto, la única justificación podría ser la existencia de una administración concursal más ágil (en el caso de que no se hubiese procedido a un nombramiento conjunto) o la tramitación en un juzgado menos saturado (si no se hubiesen concentrado las competencias judiciales).

Ello justifica que deban adoptarse medidas encaminadas a evitar situaciones como la descrita, que no serán tan excepcionales como puede pensarse. Póngase por caso el del conglomerado empresarial Nueva Rumasa, que dirige la familia Ruiz-Mateos y en el cual se han decretado embargos preventivos en varios concursos de sociedades pertenecientes al mismo. Así, el 30 de septiembre de 2011, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada acordó la adopción de medidas cautelares en el concurso de Grupo Dhul, S. L. consistentes en el embargo de bienes y derechos de los administradores de derecho de la sociedad y también de los bienes y derechos del administrador de hecho de la misma (D. José M.^a Ruiz-Mateos)⁷¹⁵, por importe de 618.264.168 euros. El 30 de marzo de 2012, se acordó por parte del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid el embargo de los bienes y derechos de los administradores (en general, por lo que debemos entender incluidos tanto a los de hecho como a los de derecho, entre los cuales está D. José M.^a Ruiz-Mateos) de la sociedad Bardajera, S. L.⁷¹⁶, por importe de 5.000.000 euros. El 30 de marzo de 2012 (esto es, el mismo día), a solicitud de la administración concursal de Clesa, S. L., el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid acordó el embargo preventivo de bienes y derechos de, entre otros, D. José M.^a Ruiz-Mateos⁷¹⁷, por importe de 681.023.360, 71 euros. Esto es, tres embargos se habrían decretado sobre el patrimonio de la misma persona⁷¹⁸. Y podrían haber sido aún más, ya que existe alguna solicitud que fue —inexplicablemente— desestimada⁷¹⁹.

Son imaginables diversas soluciones a este problema, cuyo éxito dependerá, en buena medida, de que se hayan adoptado previamente mecanismos de coordinación entre los diversos procedimientos (especialmente, la concentración de competencias judiciales y el nombramiento de una administración concursal común).

En primer lugar, podría actuarse en cuanto a la cuantía del embargo que se acuerde a favor de cada concurso. Esta solución —sin duda difícil de aplicar— la permite la fórmula

⁷¹⁵ V. AJM 1 Granada 30.9.2011, v., reseña en *ADCo*, núm. 26 (2012), p. 635 y, más extensamente, el comentario de GONZÁLEZ CABRERA, I., «La responsabilidad concursal del administrador de hecho (a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada de 30 de septiembre de 2011)», *RCP*, núm. 16 (2012), pp. 249 a 264. Llama la atención que el propio juez reconozca que D. José M.^a Ruiz-Mateos era el administrador de hecho de varias sociedades del grupo (porque precisamente esta múltiple condición es la que genera problemas). Así, afirma en el fundamento jurídico 2.º que «concluyo que, en efecto, tales condiciones concurren en el Sr. Ruiz Mateos y Jiménez de Tejada, *pues puede afirmarse de modo perfectamente racional y con sustento en hechos objetivos que el mismo ejercía de modo directo y decisivo las tareas de dirección real de Grupo Dhul, S. L., en realidad también de las restantes sociedades que forman parte del Grupo Nueva Rumasa, aunque formalmente no estuviera designado como administrador en ninguna de ellas*» (la cursiva es nuestra).

⁷¹⁶ AJM 8 Madrid 30.3.2012, v., reseña en *ADCo* núm. 27 (2012), p. 535.

⁷¹⁷ AJM 6 Madrid 30.3.2012, v., reseña en *ADCo* núm. 27 (2012), p. 535.

⁷¹⁸ En realidad, los embargos afectaban no solo a D. José M.^a Ruiz-Mateos, sino también a sus numerosos vástagos. Hemos optado aquí por simplificar el supuesto de hecho, ciñéndonos al primero.

⁷¹⁹ En efecto, mediante el AJM 1 Badajoz 2.4.2012, se desestimó la solicitud de adopción de la medida cautelar consistente en el embargo preventivo de bienes de los administradores de la sociedad concursada Carnes y Conservas Españolas, S. A. U., también perteneciente a Nueva Rumasa. Una de las personas cuyo embargo se solicitaba era de nuevo José M.^a Ruiz-Mateos y Jiménez de Tejada. V., reseña en *ADCo* 27, p. 536.

abierta que emplea la Ley Concursal a la hora de regular la cuantía del embargo. Se establece, en efecto, que el embargo se acordará «por la cuantía que el juez estime bastante» (art. 48 ter.1 y 2 LC). Esto permite acotar la responsabilidad del sujeto embargado respecto de cada uno de los concursos: en lugar de acordar el embargo por el 100 % del posible déficit de uno de los concursos, puede acordarse el embargo de distintos porcentajes, cada uno para un concurso, en función de la estimación de déficit en cada uno. No ignoramos que la solución propuesta es, cuanto más, utópica y, cuanto menos, terriblemente difícil de aplicar. Aparte del hecho de que todo descansaría en estimaciones (porque el déficit definitivo no se conocerá hasta después, y tampoco es seguro que el concurso se termine por calificarse como culpable), y dejando a un lado lo complicado de los cálculos que deberían realizarse, la solución que se propone requiere una importante labor de averiguación patrimonial previa del sujeto embargado, que no siempre será posible.

En segundo lugar, al igual que en el caso de la imposición de responsabilidad concursal, la *par condicio* de los diversos concursos podría alcanzarse instando la declaración de concurso de las personas sobre las cuales recayesen las medidas cautelares. El problema gira en torno al cumplimiento del presupuesto objetivo para tal declaración (art. 2 LC). Lo que se anota preventivamente es el embargo, no el crédito⁷²⁰. Por eso, la prioridad la tendrá aquel concurso donde antes se dicte el auto de medidas cautelares y se anote preventivamente el embargo, y no donde antes recaiga sentencia de calificación. Hasta que la sección sexta no concluya mediante una sentencia condenatoria que imponga responsabilidad concursal, el embargo preventivo no se «convierte» en embargo ejecutivo. Esta sentencia es el título necesario para obtener la injerencia en el patrimonio de las personas condenadas y que puede determinar que las mismas sean insolventes⁷²¹. De entenderse que, en tanto no recaiga sentencia de calificación que ratifique la responsabilidad concursal, no existe insolvencia y, por lo tanto, es improcedente la declaración de concurso, deberá demorarse tal declaración, con los perniciosos efectos que ello pueda conllevar. En cualquier caso, parece que la declaración de concurso de la persona cautelarmente embargada en varios concursos es la solución óptima, porque permite el levantamiento y la cancelación de los embargos trabados (cuando el mantenimiento de los mismos dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, art. 55.3 LC), y también implicará, en caso de liquidación, la cancelación de las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial (art. 149.3 LC, en la redacción dada por la Ley 38/11).

⁷²⁰ RDGRN 11.9.2006: «Por medio de la anotación de embargo lo que accede al Registro no es el crédito que motivó el embargo sino el embargo mismo».

⁷²¹ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona [Bosch], 1984, pássim.

V. Coordinación de otros aspectos de la pieza de calificación

Existen otras cuestiones, sin duda menos relevantes que las anteriores, que también son susceptibles de ser coordinadas en los concursos conexos. Estos aspectos, sin embargo, no parecen coordinables a menos que los concursos se hayan acumulado, por los motivos que a continuación se expondrán.

1. Personaciones recíprocas en las respectivas secciones de calificación

Tanto si los concursos conexos se acumulan como si no, puede ser de utilidad para cada deudor conexo el personarse en las secciones de calificación de los demás. Tal personación parece estar sobradamente permitida, habida cuenta de que, indiscutiblemente, los deudores conexos ostentan un interés legítimo en la misma (art. 168 LC). En efecto, entre los sujetos interesados en participar en la pieza de calificación de un determinado deudor estarán los socios o partícipes de la sociedad concursada, los miembros o integrantes del deudor que sean personalmente responsables de las deudas sociales, el cónyuge, etc⁷²². Es más, puesto que cabe entender que el interés legítimo que se exige puede ser tanto directo como indirecto⁷²³, no solo está justificada la personación de los deudores conexos, sino también de sus respectivas administraciones concursales (para el caso de que no se hubiesen acumulado o, incluso a pesar de haberlo hecho, no se hubiese designado un órgano común como permite el art. 27.5 LC). Aunque se ha advertido aisladamente del peligro de que, haciendo tan flexible la posibilidad de personarse, la pieza se convierta en un avispero de personas con pretensiones diversas⁷²⁴, entendemos que a la vista de los problemas que pueden suscitarse en el caso de los concursos conexos, la conveniencia de tal personación está fuera de toda duda.

Otra cuestión relevante consiste en determinar si los interesados solo pueden realizar alegaciones relevantes para la calificación del concurso como culpable (como parece desprenderse del tenor literal del precepto) o si, por el contrario, también pueden alegar a favor de la calificación del concurso como fortuito. Téngase en cuenta que, por regla general, a un deudor le interesará tanto que su concurso se declare fortuito como que los concursos de sus deudores conexos se declaren también fortuitos. En la doctrina y la

⁷²² El reconocimiento de los socios, partícipes y miembros personalmente responsables de las deudas sociales lo realizan MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 168. Personación y condición de parte», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, p. 2793; SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Art. 168. Personación y condición de parte», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, p.1783.

⁷²³ V. ROSENDE VILLAR, C., «Art. 168. Personación y condición de parte», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, p. 609.

⁷²⁴ Así lo advierte FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 168. Personación y condición de parte», en Sagraera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 1732.

jurisprudencia menor se han mantenido ambas posturas⁷²⁵; sin embargo, por lo expuesto, nos decantamos a favor de permitir que se realicen alegaciones tanto en el sentido de que el concurso se declare culpable como en el sentido de que se declare fortuito.

2. Posibilidad de que la administración concursal elabore un informe conjunto sobre la calificación

Esta medida solo parece posible en tanto se haya designado una administración concursal común (art. 27.5 LC). El informe de la administración concursal sobre la calificación resulta un instrumento idóneo para coordinar a las personas afectadas, los cómplices y los efectos personales y patrimoniales de la culpabilidad del concurso cuando existe un riesgo de solapamiento. Téngase en cuenta que este informe tiene una naturaleza parecida a la de una demanda⁷²⁶, de modo que, en virtud de los principios dispositivo y de rogación, el órgano jurisdiccional está vinculado por lo que se pide⁷²⁷.

De esta forma, al expresar, en contenido del informe, las personas a las que haya de afectar la calificación, la identidad de los cómplices, la justificación de la razón de la extensión de la calificación o de la complicidad y una propuesta de los efectos que deben imponerse⁷²⁸, la administración concursal tiene en su mano la posibilidad de realizar una propuesta coordinada que evite consecuencias perjudiciales para alguno de los concursos o excesivas para alguna de las personas afectadas por la calificación o los cómplices.

⁷²⁵ A favor de permitir alegaciones en pos de la calificación del concurso como fortuito, v. ROSENDE VILLAR, C., «Art. 168. Personación y condición de parte», cit., p. 609; también la SJM Málaga 22.5.2006. Contra, FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 168. Personación y condición de parte», cit., p. 1733; también la SAP Barcelona [15.ª] 26.7.2007.

⁷²⁶ Recalcan la naturaleza semejante a la de una demanda las SSAP Córdoba [3.ª] 11.7.2008 y Barcelona [15.ª] 30.12.2008. Contra, SAP Cáceres [1.ª] 24.2.2009, que considera el informe no como una demanda, sino como un trámite o fase de obligado cumplimiento.

⁷²⁷ La calificación, en virtud del principio dispositivo, requiere de una solicitud concreta que, caso de interesarse el concurso culpable, debe alcanzar a todo lo que se pretenda sea objeto de pronunciamiento en la sentencia. Esta solicitud la formula la administración concursal, aunque también interviene el Ministerio Fiscal, pues a la vista del informe de la administración concursal, emitirá un dictamen en el que se pronunciará sobre la calificación procedente y el resto de los pronunciamientos solicitados. Esta legitimación es exclusiva, de forma que la ley expresamente ha querido evitar la acumulación de acciones particulares, de forma que tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal tienen la llave de la calificación, pues solo a ellos les corresponde formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación (AAP Barcelona [15.ª] 22.5.2008).

⁷²⁸ La administración concursal solo presenta al juez un informe «con propuesta de resolución» (SAP Toledo [1.ª] 19.5.2011). Esta propuesta ha de entenderse referida a todos y cada uno de los pronunciamientos de la sentencia de calificación, incluida la condena de los administradores al pago del déficit patrimonial de la concursada (SAP Madrid [28.ª] 20.5.2011). Sobre el contenido del informe, v., también, ROSENDE VILLAR, C., «Art. 169. Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal», en Cordon Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 612 a 619; GÓMEZ MARTÍN, F., «Art. 169. Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2799 a 2803; FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 169. Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1740 a 1755.

3. Posibilidad de oponerse conjuntamente a las respectivas calificaciones

Tanto el deudor como cualquiera de los comparecidos (esto es, las personas potencialmente afectadas, los potenciales cómplices, los acreedores personados y, en la interpretación que aquí se defiende, otros interesados incluyendo a los demás deudores conexos) puede oponerse a la calificación (art. 171 LC).

Cuando, en el caso de deudores conexos, las respectivas oposiciones se funden en los mismos o semejantes hechos, deberían coordinarse para evitar incoherencias o incongruencias. Será habitual que los demás deudores conexos se opongan masivamente a la calificación del concurso de uno de ellos como culpable, y en tal caso la pluralidad de oposiciones⁷²⁹ podrá sustanciarse en el mismo incidente.

⁷²⁹ La expresión es de FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 171. Oposición a la calificación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, p. 1766.

TERCERA PARTE: LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS

CONSIDERACIONES GENERALES

Una alternativa más radical⁷³⁰ a la mera coordinación de los concursos conexos consiste en consolidar los patrimonios de los deudores conexos. Este modelo, cuyas características principales y admisibilidad en el Ordenamiento español se analizan a continuación (v., infra, capítulo XI) ignora o deroga completamente el principio de separación, tanto a nivel procedimental (porque los distintos procedimientos pasan a unificarse) como a nivel patrimonial (porque los patrimonios de cada uno de los deudores se consolidan para formar uno nuevo)⁷³¹.

La medida no está exenta de polémica. En primer lugar, en el plano estrictamente teórico no resulta sencillo lidiar con la consolidación de patrimonios, dado que son tan numerosos los rasgos que la distinguen de otras instituciones como los rasgos que la asimilan a estas (v., infra, capítulo XII). En segundo lugar, pese a tratarse de una medida tan drástica, no están convenientemente definidos los efectos que puede tener sobre diversos aspectos de vital importancia en el concurso (la clasificación de créditos, los contratos en curso, el convenio y la liquidación, las acciones rescisorias concursales, etcétera) (v., infra, capítulo XIII). En tercer lugar, su aplicación es eminentemente casuística y dificultosa: los casos en los que cabe son difusos y no están debidamente acotados (v., infra, capítulo XIV). En cuarto lugar, al ser una «criatura» de creación jurisprudencial, el procedimiento para acordarla suele improvisarse en cada caso, por lo que deben sugerirse algunas directrices al respecto (v., infra, capítulo XV). Por último, la consolidación de los patrimonios suscita problemas en cuanto a la protección de los acreedores afectados por la misma (v., infra, capítulo XVI).

⁷³⁰ Por ejemplo, PAULUS, C., «Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches», cit., p. 828, afirma que el modelo de la consolidación *is the thornier one* (el más espinoso).

⁷³¹ Entre otros muchos, TSCHERNIG, K., *Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz. Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik grenzüberschreitender Konzerninsolvenzen*, cit., p. 82, lo considera una excepción al principio de separación y al *entity law*.

CAPÍTULO XI. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS

I. Concepto y orígenes: la consolidación sustantiva o *substantive consolidation*

La consolidación sustantiva (*substantive consolidation*) es un mecanismo que permite a los tribunales superar la diferente personalidad de varios deudores en concurso. Se aglutinan las masas activas y pasivas y se trata a todos los deudores como si fuesen uno solo, con un único patrimonio con el cual se satisface a todos los acreedores⁷³². Los acreedores de los deudores formalmente separados antes de la consolidación pasan a ser acreedores conjuntos de un fondo común sobre el cual se satisfarán los respectivos créditos. Se trata por lo tanto de un mecanismo radicalmente distinto de la llamada «consolidación procedimental», que consiste en una serie de mecanismos de coordinación que mantienen las masas separadas y que ya ha sido abordada en la segunda parte de este trabajo⁷³³. Si bien no faltan referencias, jurisprudenciales⁷³⁴ o normativas⁷³⁵, en otros Ordenamientos, se trata de una creación jurisprudencial oriunda de los Estados Unidos⁷³⁶.

⁷³² Así la define la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 105. V., también, AMERA, S. D., y KOLOD, A., «Substantive consolidation: Getting back to basics», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 14 (2006), p. 11: «Substantive consolidation ensures the equitable distribution of property to all creditors by merging the assets of legally separate corporations into a single pool of assets for distribution». Asimismo, GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., pp. 209 y 210: «Substantive consolidation in bankruptcy is a process by which the assets and liabilities of different entities are consolidated and treated as a single entity. The consolidated assets create a single fund from which all of the claims against the consolidated debtors are satisfied. Creditors of single entities before consolidation become joint creditors with all creditors of the consolidated debtors after the proceeding. These joint creditors share equally in the assets of the consolidated estate. Substantive consolidation also eliminates intercompany claims of the debtor companies and duplicative claims against related debtors. Creditors of the consolidated entities are combined for purposes of voting on reorganization plans». Igualmente, WIDEN, W. H., «Report to the American Bankruptcy Institute: Prevalence of Substantive Consolidation in Large Public Company Bankruptcies from 2000 to 2005», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 16 (2008), p. 1: «In substantive consolidation, the intercompany liabilities of the subject companies are eliminated, the assets of these subject companies are pooled and the third party liabilities of the subject companies are satisfied from this single pool of assets». Del mismo modo, ASHE, G., «The corporate entity in Bankruptcy: Subordination-Consolidation-Merger», *Am. Bankr. L. J.*, núm. 46 (1972), p. 291: «[J]ustice may dictate the consolidation and merger of multiple entities, thereby abolishing all intercorporate claims and classifying all creditors as though they were creditors of a single enterprise». También SCHUPP, R., «Substantive Consolidation: the Evolution and Use of an Equitable Power», *Comm. L. J.* núm. 96 (1991), p. 418: «Substantive consolidation is a procedure used in bankruptcy in which the assets and liabilities of one or more entities are combined and treated as belonging to a single enterprise. Basically, the consolidated assets create a single fund from which all of the claims against the consolidated debtors are satisfied». Por último, v. FLOWERS CONTI, J., «An Analytical Model for Substantive Consolidation of Bankruptcy Cases», *Business Law*, núm. 38 (1982-1983), p. 855.

⁷³³ A la consolidación procedimental también se le ha llamado consolidación «administrativa», derivada del término «administración» entendida como «gestión». Sobre la diferencia entre la consolidación procedimental y la sustantiva v., por todos, LEVY, C., «Joint Administration and Consolidation», *Comm. L. J.*, núm. 85 (1980), pp. 538 a 541. Aisladamente se ha abogado por unir ambos tipos de consolidación en un único mecanismo más eficiente y equitativo: «The merger of procedural and substantive consolidation would change substantive rights by more closely matching the rights of the creditors with their expectancies». V. HIGHTOWER, J. «The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy», cit., p. 487.

Allí, a pesar de no estar prevista expresamente en ninguna norma, se ampara en los «poderes de equity» (*equity jurisdiction o powers of equity*) de las *Bankruptcy Courts*⁷³⁷, que les

⁷³⁴ En Francia, si bien el mecanismo no está previsto como tal, sí que pueden consolidarse los patrimonios en determinados supuestos de extensión del concurso. La extensión del concurso está prevista en dos supuestos: (a) puede extenderse el concurso de una sociedad ficticia (*société fictive*) a sus administradores de hecho o de derecho y (b) puede extenderse el concurso de una sociedad a otra con la cual la primera tenga confundido su patrimonio. En el primer caso, se admite con carácter general que solo se abre un procedimiento en el cual se hace un fondo común con los activos y pasivos de la persona jurídica ficticia y quienes estén detrás de la misma. Así, «Conserve toute sa valeur la jurisprudence qui se reconnaît le droit de mettre directement et personnellement en redressement judiciaire le dirigeant de droit ou de fait d'une société fictive [...]. L'écran de la personne morale n'a plus de raison d'être: le dirigeant est en réalité un commerçant exploitant à titre personnel. Il est classiquement admis qu'une seule procédure collective est ouverte et qu'il est fait masse commune des actifs et passifs de la prétendue personne morale et du dirigeant maître de l'affaire (ou de la société qui est "cachée" derrière la société fictive)». V. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 90. En los casos de confusión de patrimonios, a pesar de que una parte de la doctrina aboga por la apertura de procedimientos separados para los sujetos incluidos en el perímetro de la confusión, la finalidad de la medida (i. e., satisfacer todas las deudas reagrupando todos los activos incluidos en los distintos patrimonios) exige un procedimiento único que reagrupe en un patrimonio común los patrimonios de las distintas sociedades involucradas. V. DERRIDA, F., «À propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires», en *Mélanges Michel Cabrillac*, París [Litec], núm 8 (1990), p. 687 y JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 92. En palabras de este último: «Une partie de la doctrine milite en faveur de la possibilité de plusieurs procédures permettant des solutions distinctes pour les différentes personnes incluses dans le périmètre de la confusion. Mais la finalité de la mesure (i. e., apurer la totalité du passif en regroupant tous les actifs inclus dans les différents patrimoines) commande une unicité de la procédure collective». También TRICOT, V. D., «La confusion des patrimoines et les procédures collectives», cit., p.165: «La révélation de la confusion de patrimoines entre une personne précédemment mise en procédure collective et une demeurée maîtresse de ses biens entraîne des effets radicaux: la procédure collective initialement ouverte contre la première est étendue à la seconde, de sorte qu'il ne demeure qu'une seule procédure collective pour deux entités, avec les mêmes organes chargés de redresser ou de liquider l'ensemble; il n'y a désormais qu'un seul passif résultant de la réunion des éléments des deux entités [...]. Seule l'extension fondée sur la fictivité ou la confusion de patrimoines entraîne l'unicité de la procédure collective: toutes les personnes concernées sont mises dans une situation juridique unique chargée de traiter les actifs et passifs en les rassemblant dans un patrimoine unique».

En España se ha decretado la consolidación de patrimonios de forma aislada y claramente excepcional (v. SAP Barcelona [15.ª] 28.6.2011). Sobre la consolidación sustantiva ha escrito en idioma castellano DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», cit., pp. 153 y ss.

⁷³⁵ Nueva Zelanda parece ser el único país del Common Law que autoriza expresamente la unificación de activos y pasivos de sociedades relacionadas en supuestos de concurso (*pooling of assets and liabilities of related companies in winding-up*). El § 271(1) de la *New Zealand Companies Act* de 1993 establece, bajo la rúbrica «Pooling of assets of related companies» que: «(1) On the application of the liquidator, or a creditor or shareholder, the Court, if satisfied that it is just and equitable to do so, may order that: (a) A company that is, or has been, related to the company in liquidation must pay to the liquidator the whole or part of any or all of the claims made in the liquidation; (b) Where two or more related companies are in liquidation, the liquidations in respect of each company must proceed together as if they were one company to the extent that the Court so orders and subject to such terms and conditions as the Court may impose; (2) The Court may make such other order or give such directions to facilitate giving effect to an order under subsection (1) of this section as it thinks fit».

⁷³⁶ Un resumen de los antecedentes puede encontrarse en BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», *Emory Bankr. Dev. J.*, núm. 24 (2008), pp. 475 y ss.

⁷³⁷ El § 105(a) del *Bankruptcy Code* establece que: «The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title. No provision of this title providing for the raising of an issue by a party in interest shall be construed to preclude the court from, sua sponte,

permiten tomar decisiones con el fin de lograr una distribución equitativa y justa entre los acreedores (*equality of distribution and fairness to creditors*)⁷³⁸. Aunque los orígenes larvarios de la consolidación sustantiva se remontan a 1941⁷³⁹, históricamente, entre 1964 y 1975, se resolvieron cuatro grandes casos (en la *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, con jurisdicción sobre Connecticut, Nueva York y Vermont) que, en buena medida, sentaron las bases y dieron forma al desarrollo de la doctrina de la consolidación sustantiva⁷⁴⁰. Dicho esto, lo cierto es que, desde entonces, la consolidación sustantiva se ha decretado en un elevado número de casos mediante la aplicación de criterios heterogéneos y, pese a los esfuerzos de la doctrina, difícilmente unificables.

Se trata, en cualquier caso, de un mecanismo alabado por algunos⁷⁴¹ y rechazado por muchos, tanto en los Estados Unidos⁷⁴² como en Europa (especialmente en Alemania, donde numerosos autores rechazan que la consolidación sustantiva sea digna de

taking any action or making any determination necessary or appropriate to enforce or implement court orders or rules, or to prevent an abuse of process». También se ha mantenido que el fundamento de la consolidación sustantiva radica igualmente en el § 1123(a)(5)(C) del *Bankruptcy Code*. V. BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., pp. 479 a 485 (*support for substantive consolidation*).

⁷³⁸ En palabras de BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 26: «Substantive consolidation has no express authority in the Code or the Rules. It rests on the equity jurisdiction of the courts to achieve equality of distribution and fairness to creditors». Más adelante (en p. 406) insiste: «The complete or partial pooling (or merger) of assets and liabilities of affiliated debtors in appropriate cases rests entirely on the equity jurisdiction of the bankruptcy courts. It is a technique that reflects principles of enterprise law but is said to be used only “sparingly” when required to achieve equality of distribution and fairness to creditors». También GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 210: «No express statutory authority exists that empowers bankruptcy courts to order substantive consolidation. Rather, courts find the power to impose substantive consolidation in the general “equity power” expressed in Section 105 of the Bankruptcy Code». Asimismo, PREDKO, C., «Substantive Consolidation Involving Non-Debtors: Conceptual and Jurisdictional Difficulties in Bankruptcy», *Wayne L. Rev.*, núm. 41 (1994-1995), p. 1744.

⁷³⁹ Con el caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U. S. 215 (1941).

⁷⁴⁰ Los casos son los siguientes: *Soviero vs. Franklin National Bank*, 328 F.2d 446 (2nd Cir. 1964), *Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel*, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966), *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060 (2nd Cir. 1970) e *In re Continental Vending Mach. Corp.*, 517 F.2d 997 (2nd Cir. 1975).

⁷⁴¹ Sobre todo, BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., pp. 26 y ss. Otros autores la aprueban con reservas, reconociendo su utilidad en algunos casos y los riesgos que comporta en muchos otros, como FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., pp. 449 a 498; MACKINNON, J., «Substantive Consolidation: The Back Door to Involuntary Bankruptcy», *San Diego L. Rev.*, núm. 23 (1986), pp. 203 a 226; ASHE, G., «The corporate entity in Bankruptcy: Subordination-Consolidation-Merger», cit., pp. 291 a 304; BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., pp. 469 a 511; HIGHTOWER, J., «The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy», cit., pp. 459 a 488 y KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», *U. Pitt. L. Rev.*, núm. 59 (1997-1998), pp. 381 a 452. Esta última autora reconoce lo excepcional de la medida y afirma: «Strange things happen in a bankruptcy court. One of the strangest is substantive consolidation».

⁷⁴² V. STAEHELIN, D., «No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 213 a 219 y GRAULICH, T., «Substantive Consolidation - A Post-Modern Trend», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 14 (2006), pp. 527 a 566.

imitación)⁷⁴³. De hecho, se ha llegado a afirmar que, a este lado del Atlántico, la consolidación de masas es un auténtico anatema⁷⁴⁴. Aun así, existen voces en Europa que abogan por la introducción de la medida en casos excepcionales⁷⁴⁵.

II. Las modalidades de la consolidación sustantiva

1. La consolidación completa y la consolidación parcial

Típicamente, la consolidación (o *pooling*) es completa, y los activos del conjunto de deudores se distribuyen *pari passu* entre los acreedores de igual rango, con independencia de cuál sea el concreto deudor contra el cual el crédito se dirigía originariamente.

Sin embargo, es posible segregar los créditos de determinados acreedores para su satisfacción separada sobre el patrimonio de un deudor en concreto⁷⁴⁶. Es lo que se llama «consolidación sustantiva parcial» (*partial substantive consolidation*). En estos casos, los efectos de la consolidación no alcanzan a todos los acreedores, sino solamente a algunos. Al resto de acreedores les sería reconocido el derecho a satisfacer sus créditos como ellos esperaban (esto es, sobre el patrimonio de un deudor en concreto). La consolidación parcial implica un reconocimiento especial de determinados créditos, lo cual, en cierto modo, conlleva una especie de privilegio. Se produce así una «descomposición» de las

⁷⁴³ Así KÜBLER, B., «Konzern und Insolvenz. Zur Durchführung konzernmäßiger Sanierungsziele an den Beispielfällen AEG und Korf», cit., p. 587; EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 357; MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 559: «Die substantive consolidation des U.S.-amerikanischen Rechts ist nicht nachahmenswert». También la Comisión para la Reforma del Derecho concursal alemán (*Kommission für Insolvenzrecht*) rechazó esta posibilidad, alegando que el principio de responsabilidad separada implicaba necesariamente la separación entre los patrimonios de los deudores vinculados, de forma que cada patrimonio estuviese destinado a sus propios acreedores. La unificación de masas, se dijo, no es compatible con el fin del concurso (i. e., satisfacer a los acreedores de un sujeto con el patrimonio de este). V. AA. VV., *Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, cit., p. 290. En Italia, se muestra escéptico al respecto VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., pp. 19 a 48.

⁷⁴⁴ PAULUS, C., «Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 291.

⁷⁴⁵ Es el caso de PAULUS, que lo manifiesta, *ibíd.*, y también en «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 1954.

⁷⁴⁶ V. BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 26: «Some authority, however, exists for the segregation of the claims of specified creditors and for their satisfaction out of the separate assets of a particular debtor; this may be called partial substantive consolidation». Más adelante, en p. 407, aclara que «[s]uch partial consolidation can take several forms. It may involve continued recognition of priorities [...]. Such special recognition might alternatively take the form of allowing satisfaction of a particular claim or class of claims against the separate assets of a particular component of the group, while all other claims and the remaining assets of that component are consolidated or merged with claims and assets of the other affiliated corporations in the proceeding. Thus, courts have expressly recognized in approving substantive, as well as procedural, consolidation of proceedings that creditors of a particular component of a corporate group may be allowed to assert in the consolidated proceeding a separate claim against the assets of a particular component, upon proof of reliance on separate dealings with that component». Si bien la posibilidad de que la consolidación sustantiva fuese parcial fue explícitamente reconocida en diversos casos entre 1935 y 1942, la última vez que se decretó fue en 1946. No es que los tribunales hayan decidido que se trata de una práctica inapropiada, sino que sencillamente ha caído en desuso. V., *ibíd.*, p. 408.

masas activa y pasiva de uno de los deudores, de forma que una parte de las mismas se mantiene ajena a la consolidación, mientras que el remanente se consolida con los pasivos y los activos del resto de deudores conexos. En última instancia, la consolidación parcial viene a minimizar los efectos de la consolidación⁷⁴⁷ y, por eso, puede ser una forma de mitigar las graves consecuencias de la medida.

La CNUDMI recomienda incluir la posibilidad expresa de excluir no solo determinados pasivos del patrimonio consolidado, sino también ciertos activos. Aunque estas exclusiones serán poco habituales, pueden darse circunstancias que así lo recomienden (por ejemplo, activos que impliquen responsabilidad medioambiental, activos cuya administración o mantenimiento sea difícil o excesivamente costosa, etc.)⁷⁴⁸. Típicamente, también se ha entendido permisible que determinados acreedores satisficieran sus créditos exclusivamente (y con prioridad a la consolidación) sobre el patrimonio de un deudor concreto siempre que se acreditase que estos confiaron en que estaban contratando exclusivamente con ese deudor⁷⁴⁹.

2. La consolidación judicial y la consolidación consensual

Frente a la modalidad básica de consolidación sustantiva, esto es, la que es decretada por un órgano jurisdiccional, existe una modalidad consensual que se caracteriza por implicar el consentimiento de todos los acreedores⁷⁵⁰. Esta figura plantea muchos menos problemas y goza por lo tanto de una mayor aceptación, incluso entre los principales detractores de la consolidación judicial⁷⁵¹. En efecto, el hecho de que medie consentimiento de todos los acreedores impide que la consolidación sustantiva suponga

⁷⁴⁷ Apunta este aspecto BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 495.

⁷⁴⁸ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, bajo la rúbrica «Exclusiones de una orden de consolidación patrimonial», § 135 del cap. II de la parte III. Por su parte, MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», cit., p. 187, insiste en que no siempre será necesario consolidar activos y pasivos: «For instance, if it is possible to determine which creditors dealt with which company, but the actual ownership of assets of each constituent is unresolved, then assets can be pooled and the proceeds can be allocated to each company according to a compatible ratio and distributed to each company's creditors».

⁷⁴⁹ El problema radica entonces en acreditar las condiciones psicológicas del acreedor en el momento de la concesión del crédito. V. BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 495 y GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 213.

⁷⁵⁰ Sobre esta figura, v. WEBBER, E., «Consensual Substantive Consolidation: Comments on the Working Papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 235 a 246. Cuestiones debatidas son, por ejemplo, quién puede sentarse en la mesa de negociación y con qué peso, el papel del juez, de la administración concursal o de otra autoridad en la supervisión de la negociación (si es que existe tal supervisión) y la posible erosión de las normas imperativas por las soluciones pactadas. Igualmente, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 107.

⁷⁵¹ Valga como ejemplo que STAEHELIN afirme que hay que rechazar la consolidación sustantiva tanto *de lege lata* como *de lege ferenda* si no media consentimiento de todos los acreedores. V. STAEHELIN, D., «No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies», cit. p. 218.

un perjuicio discriminatorio entre acreedores o que vulnere el principio de libertad contractual. Aunque no resulta completamente descartable la modalidad consensual de consolidación en España⁷⁵², en el presente trabajo nos referiremos exclusivamente a la consolidación judicial.

3. La consolidación total y la consolidación relativa (*deemed substantive consolidation*)

La consolidación total produce la fusión de los patrimonios de todos los deudores. Frente a ello, la consolidación relativa se produce solo a fin de cuantificar y satisfacer los créditos de los acreedores y votar a favor o en contra de un determinado convenio, sin que se produzca la fusión en sentido estricto de las diversas entidades participantes. La titularidad de cuanto integra cada patrimonio sigue siendo del deudor correspondiente, no hay fusión ni transferencia alguna de la misma⁷⁵³.

III. El perímetro de consolidación

Por perímetro de consolidación nos referimos aquí a los sujetos cuyos patrimonios pueden ser consolidados⁷⁵⁴. Existen dos cuestiones conflictivas. En primer lugar, si cabe consolidar a sujetos insolventes aún no declarados en concurso (consolidación que incluye a *non-debtors*). La segunda cuestión es si es posible consolidar también los patrimonios de sujetos solventes (consolidación incluyendo a sujetos *in bonis*). Como se verá, ambos supuestos resultan completamente inadmisibles en el Ordenamiento español.

1. La consolidación incluyendo a *non-debtors*

Podría plantearse la consolidación incluyendo a sujetos conexos insolventes pero no declarados todavía en concurso. Esta práctica debe ser descartada, ya que convierte a la consolidación sustantiva en la puerta de atrás de la declaración de concurso necesario e incumple las garantías procesales necesarias en supuestos de insolvencia (por ejemplo, los

⁷⁵² Podría imaginarse el caso —ciertamente, de laboratorio— en el que el 100 % del pasivo con derecho a voto de todos los concursos conexos hubiesen aprobado convenios recíprocamente condicionados en los que se acordase la consolidación de todas las masas activas y pasivas, y que tal medida contase con el beneplácito del juez.

⁷⁵³ Es la práctica más habitual. V. WIDEN, W. H., «Report to the American Bankruptcy Institute: Prevalence of Substantive Consolidation in Large Public Company Bankruptcies from 2000 to 2005», cit., p. 6: «In a “deemed” substantive consolidation the use of the procedure does not purport to combine actual legal entities, even though voting and/or distributions are made “as if” legal entities had been combined». Más adelante, en la p. 11, continúa: «In a “deemed” substantive consolidation distinct legal entities are not combined. Instead, either votes on a plan, plan distributions, or both, are computed “as if” the legal entities had been combined».

⁷⁵⁴ Nada tiene que ver con el perímetro de consolidación que se emplea contablemente para designar a las sociedades obligadas a presentar cuentas consolidadas.

presupuestos de legitimación para solicitar la declaración de concurso necesario, la posibilidad de oposición a dicha declaración por parte del deudor, la publicidad, etc.)⁷⁵⁵.

2. La consolidación incluyendo a sujetos *in bonis*

Se trata de una práctica de la cual, si bien no es habitual, no faltan antecedentes en Estados Unidos⁷⁵⁶. El ejemplo típico sería que los acreedores de la sociedad A, declarada en concurso, solicitasen la consolidación sustantiva del patrimonio de A con el patrimonio de B, sociedad solvente perteneciente al mismo grupo. Al igual que sucede con la consolidación que incluye a *non-debtors*, de aceptarse la consolidación, B pasaría de facto a encontrarse inmersa en un procedimiento concursal, sin que se hubiese examinado la concurrencia de los presupuestos de insolvencia y sin la observancia de las garantías procesales en la fase de declaración de concurso (oposición del deudor, celebración de la vista, etc.). Además, consolidar el patrimonio de una entidad solvente con el patrimonio de una entidad insolvente acarrea inconvenientes que se manifiestan, esencialmente, sobre los acreedores (porque desmonta su estimación del riesgo de crédito) y sobre el mercado en general (porque supone la potencial liquidación de una entidad próspera y la eliminación del mercado, sin motivo alguno, de un proyecto empresarial viable)⁷⁵⁷.

En general, por los motivos antes expuestos, las posturas son muy críticas con la práctica de consolidar a sujetos solventes⁷⁵⁸. Sin embargo, una de las razones que los escasos defensores de la medida han señalado como válidas para consolidar el patrimonio de un sujeto solvente es que este lo sea (solvente) por haber obtenido, de forma fraudulenta,

⁷⁵⁵ Define esta práctica PREDKO, C., «Substantive Consolidation Involving Non-Debtors: Conceptual and Jurisdictional Difficulties in Bankruptcy», cit., p. 1753: «[C]onsolidation of a non-debtor with a debtor results in the combination of the assets and liabilities of an entity that has not declared bankruptcy with the assets and liabilities of an insolvent debtor entity already involved in bankruptcy litigation». Allí se recoge una recopilación de casos en los cuales se ha decretado la consolidación con *non-debtors*. La crítica, en palabras de MACKINNON, J., «Substantive Consolidation: The Back Door to Involuntary Bankruptcy», cit., p. 210, consiste en que: «[f]or example, the creditors in a pending case involving corporation A may move to substantively consolidate the assets and liabilities of corporation B, a non-debtor. If this motion is granted, B is effectively made a debtor without the opportunity to answer an involuntary petition, respond to a complaint filed as part of an adversary proceeding, take part in a trial, or, depending upon the motion practice in any particular court, present live testimony in its own defense. Creditors of A would then have the assets of B consolidated, without satisfying the standing requirements [...] or proving that B is not generally paying its debts as they come due. The procedural requirements of involuntary petitions and adversary proceedings are, therefore, bypassed through the use of substantive consolidation motions».

⁷⁵⁶ El caso más representativo es Taylor vs. Standard Gas & Electric Co., 306 U. S. 307 (1939).

⁷⁵⁷ Así lo señala OSTRIN, B., «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», cit., p. 361: «Here, consolidation may drag the solvent entity into a liquidation, which deprives the economy of the going concern value when the business breaks up or changes hands»,

⁷⁵⁸ V. PREDKO, C., «Substantive Consolidation Involving Non-Debtors: Conceptual and Jurisdictional Difficulties in Bankruptcy», cit., p. 1753 y, sobre todo, OSTRIN, B., «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», cit., p. 361.

bienes o derechos de la otra sociedad (insolvente)⁷⁵⁹. Otro supuesto en el cual podría plantearse incluir en el perímetro de consolidación a un sujeto *in bonis* es aquel en el cual los patrimonios se encuentren tan confundidos que sería prácticamente imposible separarlos, o cuando los negocios de dicho sujeto estén tan vinculados a los de los demás deudores que no sea viable excluirlo de la consolidación⁷⁶⁰.

IV. La admisibilidad de la consolidación de las masas en el Ordenamiento español

1. Precedentes

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/11, la Ley Concursal no contemplaba ni hacía alusión alguna a la posibilidad de consolidar los patrimonios de los deudores. La mayoría de la doctrina interpretó que la consolidación resultaba, por lo tanto, inadmisibile, habida cuenta de las graves consecuencias que podía acarrear⁷⁶¹. Hubo, sin embargo, algunas excepciones: una minoría de autores defendía que esta procedía —exclusivamente, sin embargo— en supuestos de confusión de patrimonios⁷⁶².

La falta de sustento legal y el rechazo doctrinal no impidieron que, de forma aislada y excepcional, se decretase la consolidación de las masas de varios deudores conexos. Así, la SAP Barcelona [15.ª] 28.6.2011 procedió a consolidar las masas de varias sociedades pertenecientes a un grupo, pero advirtió —eso sí— de la excepcionalidad de la medida al insistir en todo momento en que los efectos de la acumulación de concursos eran, en

⁷⁵⁹ En este caso, el sujeto *in bonis* deja de ser un «productor» y pasa a ser una «sanguijuela». Según esta postura, estas entidades tienen poco valor que ofrecer a los acreedores y al mercado como empresas en funcionamiento, así que no es tan grave consolidarlas. V., al respecto, OSTRIN, B., «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», cit., p. 361: «[I]f the only reason for the affiliate's solvency is that it fraudulently obtained assets from its subsidiaries and creditors, there is no reason to keep it out of bankruptcy. Indeed, it is a leech, rather than a producer. In order to guarantee an efficient use of resources, the bankruptcy system should protect the latter and not the former [...]. [E]ntities which are solvent only because they fraudulently obtain credit by employing affiliates have little going concern value to offer creditors of the general economy. Hence, they may be consolidated in bankruptcy».

⁷⁶⁰ Es una opción que la CNUDMI considera válida, aunque con cautelas y siempre que no contravenga las normas concursales nacionales. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 111.

⁷⁶¹ En este sentido, v. ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 224: «La determinación de las masas activa y pasiva debe realizarse separadamente, incluso cuando el presupuesto de esa declaración conjunta haya sido la confusión de patrimonios»; VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», cit., p. 270; SÁNCHEZ-CALERO, J., «Art. 3. Legitimación», cit., p. 168; RODRÍGUEZ MERINO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 557; EMBID IRUJO, J. M., «Grupos de sociedades y Derecho concursal», cit., pp. 1901 y 1902; FERRÉ FALCÓN, J., «El grupo de sociedades y la declaración de concurso en la nueva normativa concursal», cit., p. 1946 y BONET NAVARRO, A., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 237.

⁷⁶² V. DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», cit., p. 149. Del mismo autor, «Art. 3. Legitimación», cit., p. 205. También GARNICA MARTÍN, J., «Art. 25. Acumulación de concursos», cit., p. 306. Fuera de España, mantiene esta postura GOTTWALD, P., *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, Múnich [C. H. Beck], 1997, p. 22.

principio, limitados y precisos, y no incluían la consolidación patrimonial, puesto que esta vulneraría los derechos de los socios minoritarios y de los acreedores (v., infra, capítulo XIII)⁷⁶³.

2. El régimen vigente

La Ley 38/11, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, que, por vez primera, regula expresamente la tramitación de los concursos conexos (art. 25 ter), estructura la regulación en dos partes. Por un lado, se establece, como regla general, que los concursos conexos (declarados conjuntamente o acumulados) se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de masas (art. 25 ter.1). A continuación, sin embargo, se añade una excepción, conforme a la cual «se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados» (art. 25 ter.2).

Existen dos aspectos de la nueva regulación que, aun siendo cruciales para la correcta interpretación del precepto, generan una fuerte perplejidad en el intérprete. En primer lugar, se dice que podrán consolidarse «inventarios y listas de acreedores». No se establece la posibilidad de consolidar las masas activas y pasivas, lo cual indica, aparentemente, que el legislador se está refiriendo a una consolidación meramente formal o contable, sin efectos sustantivos, esto es, sin que se cree un fondo común a partir de los patrimonios de

⁷⁶³ En el Fundamento Jurídico 3.º se advierte que: «[c]omo muy bien argumenta el propio juez mercantil, la Ley Concursal, al permitir la declaración conjunta de varios concursos o la acumulación de los inicialmente declarados por separado, lo hace con una perspectiva de efectos limitados y precisos: facilitar su tramitación mediante el nombramiento de administradores concursales comunes y la realización de bienes cuya titularidad sea conjunta en un régimen de comunidad que no sea por cuotas, así como también facilitar la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados (art. 101.2 LC). En cualquier caso, la Ley no ha previsto la consolidación de masas activas y pasivas, esto es, tramitar estos concursos como si solo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados. Ni siquiera se prevé esto en los casos de confusión de patrimonios, como pudiera ser el de los cónyuges deudores con un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales o equivalente». La resolución no solo reconoce que la consolidación patrimonial no es otro efecto de la acumulación de concursos, sino que se reconocen los graves inconvenientes que conlleva la medida. En efecto, continúa la sentencia afirmando que: «En última instancia, la no consolidación de masas activas y pasivas de los distintos deudores cuyos concursos se tramitan acumuladamente es una exigencia del respeto a la personalidad jurídica, en este caso de las sociedades afectadas. Este respeto a la personalidad jurídica, en el caso de los grupos de sociedades, preserva los legítimos derechos de los socios minoritarios que no tengan intereses o vinculación con el resto de las sociedades, y sobre todo de los acreedores, porque cada uno de ellos ha contratado con una determinada sociedad y es acreedor de una o, caso de haber recabado garantías, de varias, en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada uno de sus deudores, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, plasmado extraconcursalmente en el art. 1911 CC y concursualmente en el art. 76 LC. Mezclar masas activas y pasivas puede perjudicar la posición de algunos acreedores, que de otro modo, por la proporción de acreedores y bienes/derechos de cada uno de sus deudores, tendrían más expectativas de cobro que al mezclarse con todos los acreedores del resto de las sociedades del grupo. Por esta razón, en principio, no procedería la consolidación realizada».

los diversos deudores⁷⁶⁴. En segundo lugar, se afirma que la consolidación se hará «a los efectos de» elaborar el informe de la administración concursal. De nuevo, parecería que se insiste en el alcance meramente «estético» de la consolidación o, si se quiere, en la limitación de la misma al «papel». Parece, pues, que el legislador ha querido acotar los efectos de la consolidación y que, por lo tanto, esta no puede traspasar un límite.

Las dudas surgen a la hora de determinar el interés —léase, la utilidad— que pueda tener la consolidación a los meros efectos antes descritos⁷⁶⁵. Preguntémonos, en efecto, qué ha de hacerse una vez elaborado el informe «consolidado». Una opción sería que, posteriormente, se asignase cada elemento del activo y del pasivo a un deudor concreto. Por ejemplo, puede suceder que la confusión afecte exclusivamente a la masa activa (porque la titularidad de cada uno de los bienes o derechos que la integran sea confusa o difícil de determinar), pero que, sin embargo, los elementos de la masa pasiva consten perfectamente asignados a uno u otro deudor. Podría pensarse, entonces, en asignar cuotas del activo a cada uno de los deudores conforme a un criterio compatible y equitativo, para que estas cuotas se repartiesen entre sus respectivos acreedores⁷⁶⁶. Esta interpretación parece, sin embargo, profundamente ineficiente: por un lado, resulta difícilmente aplicable en la práctica, ante lo complicado de elaborar índices seguros de distribución de los bienes⁷⁶⁷, sin que, además y sobre todo, la Ley contemple ningún criterio al respecto. Por otro lado, de esta forma se duplicaría —innecesariamente— la ya de por sí ardua tarea de la administración concursal, la cual, tras elaborar el inventario y la lista de «consolidados», debería «desconsolidarlos» para continuar con la tramitación de los procedimientos. Sin embargo, esta interpretación haría incomprensible e inútil la norma, ya que, al margen del informe de la administración concursal, sería necesario atribuir cada elemento del activo y cada elemento del pasivo a uno de los deudores conexos. Además,

⁷⁶⁴ Así lo entiende PULGAR EZQUERRA, J., «El concurso de sociedades integradas en un grupo», cit., p. 456, quien entiende que la Ley 38/11 solo prevé, con carácter excepcional, la consolidación a efectos meramente contables.

⁷⁶⁵ Podría interpretarse que lo permitido vendría a ser una suerte de «inventarios y listas de acreedores consolidados», pero sin que tal consolidación tuviese efectos sustantivos. Así sucede en la Ley de Concursos y Quiebras de Argentina (art. 67.3.º de la Ley 24.522), donde se establece que «[e]xistirá un proceso por cada persona física o jurídica concursada. El informe general será único y se complementará con un estado de activos y pasivos consolidados del agrupamiento». V., al respecto, BARBIERI, P. C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522 comentada y concordada*, cit., p. 184; ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, cit., p. 177: «Un informe es comprensivo de todos los miembros del concursamiento conjunto. Una copia de ellos se agregará en cada expediente llevado individualmente». [parece que no contempla la consolidación]; RIVERA, J. C.; ROITMAN, H., y VÍTOLO, D. R., *Ley de Concursos y Quiebras*, cit., p. 166 y MIGUENS, H. J., *El grupo insolvente*, cit., p. 292. Este último autor señala que en algunos casos la elaboración de un informe único puede resultar de difícil configuración y de escasa utilidad.

⁷⁶⁶ En palabras de MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», cit., p. 187 y 188: «[I]f it is possible to determine which creditors dealt with which company, but the actual ownership of assets of each constituent is unresolved, then assets can be pooled and the proceeds can be allocated to each company according to a compatible ratio and distributed to each company's creditors».

⁷⁶⁷ Así lo señala VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 41.

las circunstancias que se fijan como relevantes (que exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o una demora injustificados) recuerdan a uno de los supuestos típicos en los cuales los tribunales estadounidenses estiman que cabe acordar la consolidación de masas⁷⁶⁸.

Parece entonces que debemos desechar la interpretación meramente contable de la consolidación, por carecer de sentido. Al contrario, es posible defender que el legislador tenía en mente una consolidación de patrimonios en toda regla⁷⁶⁹. La desafortunada introducción de la apostilla «a los meros efectos» podría referirse a que no se creará una nueva entidad con los patrimonios consolidados (v., supra, la distinción entre la consolidación total y la consolidación relativa), sino que la consolidación se realiza a efectos «meramente concursales», esto es, de distribución de la masa concursal entre los acreedores.

Una cuestión distinta consiste en dilucidar si la consolidación solo procede en supuestos de confusión patrimonial (como se desprende del tenor literal del precepto) o si, por el contrario, puede —o, quizá, debe— ampliarse a otros supuestos típicos que encontramos en el Derecho comparado (funcionamiento del grupo como una unidad, confianza de los acreedores, infracapitalización, fraude o abuso de las formas societarias). Ahora bien, para dar una respuesta fundada a esta cuestión, deberemos, con carácter previo, analizar los grupos de casos en los que tradicionalmente se ha admitido la consolidación de las masas y, posteriormente, valorar la conveniencia de extender su aplicación a otros supuestos distintos de la confusión de patrimonios. A su vez, esta conveniencia no puede determinarse sin realizar un profundo análisis de la medida (el cual incluye la distinción

⁷⁶⁸ Sobre este extremo, v. BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 426: «Where, according to a standard that is necessarily elusive, the court concludes that the expense of reconstruction is prohibitive or “extremely costly without assurance of success”, or the delay “time-consuming” or “excessive”, consolidation will be ordered». V. *Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel*, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966). También OSTRIN, B., «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», cit., p. 355: «This approach (...) focuses on the administrative costs of disentangling the intertwined entities. Thus, if conducting audits and reconstructing records in order to distribute dividends to creditors would absorb substantially all the assets, they will be pooled and disbursed to achieve a fair result».

⁷⁶⁹ Comparte esta opinión LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», cit., p. 262 entiende que art. 25 ter habla de consolidación de masas: «Y aunque el artículo 25 ter parece disponer que la consolidación se limite a la confección de las masas activa y pasiva del informe de la administración concursal, es más razonable entender que esta marcará la salida del concurso, pues no será fácil que, una vez realizada la consolidación, se puedan individualizar activos y pasivos en la solución de convenio o liquidativa del concurso». También CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, cit., p. 111, quien, acerca del apartado que ahora comentamos (art. 25 ter.2 LC), afirma que: «[d]ebe entenderse que, sin precisar cómo se hará (de oficio o a instancia de parte, con carácter contradictorio o no) la Ley procede en estos casos a la unificación de las masas activa y pasiva, de forma que, a todos los efectos, se tratará de un único concurso en que todos los acreedores concurrirán sobre todos los bienes como si integraran una única masa activa». Por su parte, el Tribunal Supremo ha confirmado que nuestra interpretación es la correcta en la STS [1.ª] 13.12.2012, donde afirma que la consolidación de inventarios y listas de acreedores se encuentra «hoy regulada en el artículo 25 ter» de la Ley Concursal. Algunos Juzgados han comenzado, en consonancia con lo anterior, a consolidar los patrimonios de varios deudores concursados, como por ejemplo ha sucedido mediante el AJM 3 Barcelona 15.2.2013.

de las figuras que le son afines y la descripción de las ventajas, inconvenientes y efectos que acarrea).

CAPÍTULO XII. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

I. El levantamiento del velo

La consolidación sustantiva y el levantamiento del velo (*piercing the corporate veil doctrine*, *Durchgriff*) comparten presupuestos y ciertos efectos⁷⁷⁰. Sin embargo, existen algunas diferencias (esencialmente dogmáticas) entre ambos.

⁷⁷⁰ La consolidación sustantiva deriva, en efecto, de una tendencia a «ignorar la personalidad jurídica» de la cual es heredera también la doctrina del levantamiento del velo. V. KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», cit., p. 386. Por su parte, GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 211, lo sigue asociando con el levantamiento del velo: «The equity powers enable a bankruptcy court to disregard separate corporate entities and to pierce the several corporate veils in order to satisfy the debts of a related entity». También BAIRD, D. G., «Substantive Consolidation Today», *B. C. L. Rev.*, núm. 47 (2005), p. 5 y WES, E. J., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach», *CLR*, núm. 65 (1977), p. 720. MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», cit., p. 187: «pooling involves a sort of lifting of the corporate veil».

Suele argumentarse que las fuertes similitudes entre ambas instituciones justifican que los factores a considerar a la hora de decretar la consolidación sustantiva sean parecidos a los que se tienen en cuenta para levantar el velo. V. PETER, H., «Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How?», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, p. 203, y, sobre todo, SKEEL, D., «Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 229 a 233. Ciertamente es que la doctrina del levantamiento del velo ha sido generosamente aplicada por los tribunales estadounidenses, aunque con escasa uniformidad: «[s]ome courts will only “pierce the veil” only where “fraud” has been shown, others only where the subsidiary has been shown to be a “sham” or “shell”. This traditional view seeks to explain its decisional process in such conclusory terms as describing the subsidiary as the “agent” or “alter ego” or “adjunct” or “instrumentality” or “dummy” or “puppet” or “creature” of the parent or as a company with “no mind, nor will nor existence of its own”». V. BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy Law*, cit., p. 7 y la copiosa jurisprudencia que allí se cita. También BERLE, A., «The theory of enterprise entity», cit., p. 348: «The reasoning by which courts reach this result varies: it is sometimes said that one corporation has become a mere “agency” of another; or that its operations have been so intermingled that it has lost its identity; or that the business arrangements indicate that it has become a “mere instrumentality”». En general, suele decirse que la aplicabilidad de la doctrina del levantamiento del velo debe decidirse «caso por caso», hecho que genera una considerable inseguridad jurídica al impedir a los agentes económicos prever con un cierto grado de razonabilidad el resultado del litigio. No sorprende por ello que algún autor estadounidense haya afirmado que la doctrina del levantamiento del velo es un concepto «amorfo». V. KAMBAS, W. J., «Protecting Debtor’s Subsidiaries: Extending the Automatic Stay of 11 U.S.C. § 362 to Foreign Subsidiaries», *Conn. J. Int’l L.*, núm. 17 (2001-2002), p. 132.

En España, BOLDÓ RODA, C., *El “levantamiento del velo” y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Madrid [Tecnos], 1993, pp. 25 y ss., establece como grupos de casos en los cuales se ha acordado el levantamiento del velo la confusión de patrimonios y de esferas, insuficiencia de capital, dirección externa (es el caso de los grupos) y abuso de la personalidad jurídica. En España, la resolución pionera que decretó la consolidación de los patrimonios de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo, todas ellas en concurso, asimiló esta consolidación al levantamiento del velo. V. SAP Barcelona [15.ª] de 28.06.11, donde se cita la STS [1.ª] 29.7.2005, que afirmó que «[e]n ocasiones la jurisprudencia ha evitado sancionar consecuencias que, no obstante resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían amparadas por una concepción hermética de la personalidad de las sociedades (normalmente, pero no únicamente, de capital), mediante la técnica de penetrar, según los descriptivos términos de la sentencia de 28 de mayo de 1984, en su *substratum* personal, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal [...] se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como

El levantamiento del velo se limita a dos entidades diferenciadas, con los acreedores de una de ellas intentando acceder al patrimonio de la otra, pero no viceversa. Solo se realiza *vis-à-vis* acreedores individualmente considerados, ya que su procedencia depende de las circunstancias concretas de la relación que cada uno tenga con el deudor. Se trata de una perspectiva estrictamente bilateral. Por otra parte, no conlleva una verdadera unificación de activos, sino el acceso por parte del acreedor a un patrimonio distinto del de su deudor. Frente a ello, la consolidación sustantiva afecta a la totalidad de los acreedores y de los deudores, va más allá de la superación del velo de la personalidad jurídica⁷⁷¹. Por ello, se ha dicho que la consolidación sustantiva vendría a ser un levantamiento del velo generalizado o, si se quiere, multiparte. No se hablaría aquí de levantar «el velo», sino de levantar «los velos». Téngase en cuenta que, si bien la distinción dogmática entre el levantamiento del velo y la consolidación sustantiva total no plantea problemas, mucho más ardua es la tarea de distinguirlo de la consolidación sustantiva parcial⁷⁷², ya que en esos casos el levantamiento del velo no se hace *vis-à-vis* todos los acreedores, sino solo respecto a algunos.

Otra diferencia es que, al contrario que el levantamiento del velo, la consolidación sustantiva no pretende hacer responsables de las deudas de un miembro del grupo a sus socios. No aspira a aprehender el patrimonio de estos últimos, sino que solo atiende a los patrimonios del resto de deudores⁷⁷³.

camino del fraude (art. 6.4 CC), con posibilidad de que los Jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial. Esa técnica, que, al fin, permite llegar a la aplicación de la norma que se quiso eludir, rechazada muchas veces en consideración a las circunstancias del caso (SSTS 31.10.1996 y 8.5.2001) y siempre tratada con la necesaria prudencia (STS 31.10.1996), cual corresponde a un remedio excepcional que no tolera desconocer, sin justificación bastante, los principios que inspiran la regulación de las sociedades, en este caso, de capital (reconocimiento de su personalidad jurídica, posibilidad de estructura unipersonal originaria y sobrevenidamente y admisión de la legitimidad de los grupos: arts. 7.1, 87, 105.2 y 311 RDL 1.564/1989, de 22 de diciembre, arts. 10 y 11.1 Ley 2/1.995, de 23 de marzo, art. 4 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, y art. 42.1 CCom), se ha servido de los instrumentos que ofrece la regulación del fraude de ley (art. 6.4 CC), con el fin de proteger a los acreedores sociales (SSTS 5.2.1996 y 8.2.1996) y, en alguna ocasión, a los socios minoritarios, en una serie de casos, entre los que la jurisprudencia y la doctrina incluyen los patológicos de infracapitalización, confusión de patrimonios de socio y sociedad (SSTS 9.7.1987, 16.7.1987, 16.10.1989, 16.10.1989, 10.7.1995) o de dos o más sociedades (STS 30.7.1994) y grupos de sociedades (STS 13.12.1996). En particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores».

⁷⁷¹ V. VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 30.

⁷⁷² Señala esta dificultad BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 407.

⁷⁷³ Así lo expresa GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 218: «substantive consolidation does not seek to hold shareholders liable for the acts of their incorporated activity. Substantive consolidation more closely resembles the bankruptcy rule of subordination because

Ambos mecanismos difieren también en cuanto a sus respectivos fundamentos. Así, mientras que el levantamiento del velo está concebido como remedio en casos de fraude o injusticia cuando una filial no es más que un testaferro, la consolidación sustantiva vendría a ser un remedio destinado a asegurar la distribución equitativa de los activos del grupo entre el conjunto de los acreedores de las entidades que lo componen. Al contrario que la doctrina del levantamiento del velo, que fue desarrollada en otras áreas del Derecho e implica políticas y objetivos muy diferentes, la consolidación sustantiva es un remedio específico cuya aplicación únicamente procede en supuestos de insolvencia⁷⁷⁴. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que este planteamiento contradice los presupuestos que comúnmente se aceptan para justificar la consolidación sustantiva, puesto que uno de ellos suele ser el fraude (v., *infra*, capítulo XIV).

Por último, aunque optásemos por asimilar la consolidación patrimonial y el levantamiento del velo, la primera, aparte de levantar el velo de las sociedades que integran el grupo, también lo extiende inmediatamente después sobre el conjunto de las mismas. Es decir, aquí lo que se hace es levantar el velo individual de cada sociedad para volver a correrlo después sobre el conjunto de las mismas, de forma que se las considere como una unidad⁷⁷⁵. En este sentido, más que un levantamiento del velo, la consolidación sustantiva vendría a ser una extensión del mismo, al menos de facto. Recuérdese, en efecto, que la consolidación no crea una persona jurídica nueva.

competition for the consolidated assets is between creditors alone. Thus, substantive consolidation ignores artificial legal structures but looks only to the combined assets of the consolidated entities for satisfaction of all claims against the collective group».

⁷⁷⁴ Destaca, por su fuerte rechazo a la asimilación entre consolidación sustantiva y levantamiento del velo, BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 433: «At least where separate records can be developed, these courts look upon consolidation as a device to prevent “fraud or injustice” when the subsidiary is a “sham”, rather than as a remedy peculiar to bankruptcy to achieve equitable distribution of assets among creditors». Llama la atención el virulento rechazo de este autor hacia la doctrina del levantamiento del velo (*ibíd.*, pp. 14, 16 y 28, entre otras muchas), que considera enmarcado en el *entity law* y, por consiguiente, fundado en «rígidas nociones conceptuales basadas en el formalismo». En contraste con esto, la consolidación sustantiva sería un dinámico remedio amparado por el *enterprise law* (que supone, a su parecer, «equitable policies of fairness»).

⁷⁷⁵ V. OTTOLENGHI, S., «From Peeping Behind the Corporate Veil, to ignoring it completely», *MLR*, núm. 53 (1990), pp. 338 a 353. En este interesante artículo, el autor divide el levantamiento del velo en cuatro subtipos, según la intensidad en que se manifieste. Así, se puede en primer lugar «mirar tras el velo societario» (*to peep behind the veil*) como un acto de curiosidad, para conseguir información acerca de los socios y su composición. En segundo lugar se puede «atravesar el velo societario» (*to penetrate the veil*) para hacer personalmente responsables a los socios de las conductas y consiguientes derechos y obligaciones de la sociedad. En tercer lugar, se puede «extender el velo» (*to extend the veil*): «A third technique of lifting the veil is by its extension so that it embraces a bunch of companies. Here, the veil of each one of the components is lifted —only to draw it again over a large number of components. Such is the case when a group of legal entities is conducting a common activity, so that instead of referring to each one separately, one can regard them as a single going concern, under one extended veil of incorporation. Each corporate entity does not concern us any more: it is the “enterprise entity” on which we focus attention». Podría asimilarse esta técnica a la consolidación sustantiva si no fuera porque en la consolidación no se «incorpora» una nueva entidad, no surge una nueva persona jurídica. En cuarto y último lugar estaría la técnica consistente en «ignorar el velo» (*to ignore the veil*), que es la acepción que comúnmente se emplea.

II. La fusión

En el seno de un grupo, la consolidación sustantiva, al igual que la fusión, implica la transmisión y la unificación de los patrimonios de diversos sujetos. Esta semejanza se retomará más adelante a efectos de abordar el problema de la protección de los acreedores (v., infra, capítulo XVI). Sin embargo, existen numerosas diferencias entre ambos mecanismos. La diferencia radica, en primer lugar, en el destino de esos patrimonios. En la fusión se transmite el patrimonio de una o varias sociedades a otra sociedad, preexistente o de nueva creación (art. 22 LMESM). En la consolidación sustantiva no se crea una persona jurídica nueva ni se transfieren realmente los patrimonios a una de las preexistentes. Se mantienen las personas, pero se unen los patrimonios. Por eso puede decirse que se unen los patrimonios «a los meros efectos» de pagar a los acreedores. En segundo lugar, en la consolidación los socios no reciben una cuota de acciones o participaciones en proporción a su respectiva participación en las sociedades consolidadas (art. 24.1 LMESM), principalmente porque, como ya se ha comentado, la consolidación es una medida propia de contextos de insolvencia, donde lo principal es el pago a los acreedores. En tercer lugar, mientras que la fusión solo puede realizarse respecto de las sociedades mercantiles (art. 1 LMESM), nada impide la consolidación de los patrimonios de personas físicas (por ejemplo, de los cónyuges). En cuarto lugar, existen marcadas diferencias en cuanto al procedimiento que debe seguirse en uno y otro caso: el régimen jurídico de la fusión contiene una serie de requisitos de obligado cumplimiento (el proyecto común de fusión, la publicidad, los informes de los administradores y de los expertos independientes, el balance y el acuerdo de fusión, la formalización en escritura pública y la inscripción, v., arts. 30 a 46 LMESM). Sin embargo, la consolidación es típicamente decretada en el seno de un procedimiento de insolvencia y, por consiguiente, tiene un evidente carácter judicial⁷⁷⁶.

III. La subordinación de créditos

Mediante la consolidación sustantiva, con la unificación de todos los activos y pasivos, todas las reclamaciones existentes entre los deudores cuyos patrimonios se consolidan son eliminadas. En ocasiones, el motivo para la consolidación es, precisamente, la dificultad de reconstruir el patrimonio de cada deudor. Desde esta perspectiva, la consolidación es una forma radical de tratar las reclamaciones «internas» de cara a conseguir una mayor satisfacción de los acreedores. Por eso, la consolidación debe ser contrastada con otro mecanismo dirigido a los mismos fines u objetivos: la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas.

La subordinación es el reverso de la preferencia, son supuestos de «antiprivilegios». El antiprivilegio por razón de la condición personal del titular del crédito (personas

⁷⁷⁶ Con la excepción, quizá, de la consolidación consensual que, como se adelantó al comienzo de la Tercera Parte, queda excluida de esta investigación. En cualquier caso, el hecho de que la consolidación consensual conlleve el consentimiento de todos los acreedores no debería eximirla de requerir la homologación o aprobación judicial.

especialmente relacionadas con el deudor) hace que los créditos en cuestión se sitúen casi al final de la graduación de los créditos subordinados (art. 92.5.º en relación con el art. 93 LC). El fundamento de esta subordinación se ha relacionado con la información que las personas especialmente relacionadas con el deudor pueden tener acerca del estado financiero de este, o incluso en la responsabilidad de las mismas sobre la situación de endeudamiento⁷⁷⁷. Además, en el caso de los grupos, pueden verse los créditos o préstamos concedidos a una de las sociedades como aportaciones de capital (*equity*), de forma que proceda la postergación crediticia de los mismos (dado que, al conceder esos préstamos, las sociedades del grupo estarían actuando más como socios del deudor que como acreedores del mismo). En este sentido, es irrelevante que la subordinación sea automática (como en España) o que haya de ser decretada por un órgano jurisdiccional (como es el caso de la *equitable subordination* en Estados Unidos)⁷⁷⁸.

Por un lado, debe recordarse que las categorías de «deudores conexos» (arts. 25 y 25 bis LC) y de «personas especialmente relacionadas» (art. 93 LC) no coinciden, sin que pueda, obviamente, negarse la cercanía entre ambas. Algunos deudores conexos son también personas especialmente relacionadas: así sucede con los cónyuges y los miembros de la pareja de hecho inscrita (art. 93.1-1.º LC), la sociedad y los socios ilimitadamente responsables de las deudas sociales (art. 93.2-1.º LC), los administradores de la persona jurídica (art. 93.2-2.º LC) y las sociedades pertenecientes al mismo grupo (art. 93.2-3.º LC). Sin embargo, existen deudores conexos que no se consideran personas especialmente relacionadas a efectos concursales, como los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan de las deudas contraídas en nombre de esta (art. 25.1-4.º LC) y los deudores con patrimonios confundidos (arts. 25.2 y 25.1-2.º LC). Asimismo, existen personas especialmente relacionadas que no son deudores conexos (es el caso de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado, de su

⁷⁷⁷ GARRIDO, J. M.^a, «Art. 92. Créditos subordinados», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1666 y el extenso análisis que realiza FERRÉ FALCÓN, J., *Los créditos subordinados*, Pamplona [Aranzadi], 2006, pp. 321 y ss. V., sin embargo, la dura crítica que realiza, entre otros, 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.

⁷⁷⁸ La subordinación equitativa consiste en que el juez puede reclasificar el crédito reclamado por un miembro del grupo haciéndolo retroceder al rango denominado *general unsecured creditors*, con independencia de que el crédito sea originariamente privilegiado especial, privilegiado general o quirografario. Para la aplicación de este mecanismo se exige, por una parte, el comportamiento inequitable del acreedor y, por otra, el enriquecimiento injusto de este último o la existencia de un daño para los otros acreedores a consecuencia de dicho comportamiento. Así, el § 510(c) del *Bankruptcy Code* establece que «Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may: (1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or (2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate». V. VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 25 y, sobre todo, del mismo autor, «La subordinazione “equitativa” (*equitable subordination*)», *Riv. soc.*, núm. 54 (2009), pp. 1390 a 1418.

cónyuge o su pareja de hecho; los cónyuges de los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado, los apoderados con poderes generales, etc.).

Por otro lado, frente a lo que ocurre con la consolidación (que elimina las reclamaciones y, por lo tanto, también los créditos «internos»), la subordinación de estos créditos no los elimina, sino que los preserva pero relegados en el cobro. Esta diferencia, en la mayor parte de los casos, será meramente teórica, ya que en la práctica lo habitual será que los créditos subordinados no lleguen a satisfacerse. En cualquier caso, cada institución opera en un plano radicalmente distinto. Así, mientras la subordinación opera directamente sobre los créditos originariamente reclamados a nivel interno, la consolidación opera a un nivel más general, exigiendo para su aplicación la superación de la personalidad separada de cada deudor⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ V. VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., pp. 23 y 24.

CAPÍTULO XIII. LOS EFECTOS DE LA CONSOLIDACIÓN DE MASAS

El principal problema que surge al intentar explicar dogmáticamente la consolidación sustantiva conforme a las instituciones continentales es que ninguna de estas da cuenta completamente de la primera. A ello se añade el laconismo de los tribunales estadounidenses, que se limitan a decretar sin más la consolidación. Llamativamente, se ha llegado a afirmar que, con la consolidación sustantiva, el tribunal transforma «por arte de magia» entidades formalmente separadas en una misma entidad con fines distributivos en un marco de insolvencia⁷⁸⁰. En un esfuerzo por intentar ir más allá de cualquier prestidigitación, el efecto principal de la consolidación sustantiva puede asimilarse a una novación subjetiva de facto de créditos, con diferente alcance en función del tipo de créditos de que se trate. Asimismo, la consolidación conlleva la depuración de las masas activas y pasivas, y puede tener efectos sobre otros aspectos del procedimiento (entre otros, sobre la reorganización, los contratos en curso y la conclusión de los concursos).

El principal problema de la Ley Concursal es que, aunque abre la puerta a la consolidación de masas, no se refiere en absoluto a los efectos de la misma, y deja su determinación a los órganos jurisdiccionales. Esto contraviene claramente las recomendaciones de la CNUDMI en la materia⁷⁸¹, sobre las cuales nos hemos basado para intentar «reconstruir» los efectos de la medida en el Ordenamiento español. Esta reconstrucción no deja de ser, como es obvio, el mero ensayo de una construcción propia, por lo que muchos elementos resultan discutibles. No lo son, sin embargo, los principales problemas que surgen y que demandan solución.

⁷⁸⁰ Son palabras de HIGHTOWER, J., «The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy», cit., p. 470, quien, en efecto, afirma que: «[i]n substantive consolidation, the court magically transforms separate entities into one entity for bankruptcy distribution purposes».

⁷⁸¹ La CNUDMI insiste en la necesidad de que el Ordenamiento especifique los efectos de la consolidación patrimonial, especialmente por lo que respecta a algunos extremos. Así, con carácter general, la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 129 establece que: «El régimen de la insolvencia debería prever los efectos que tendrá una orden de consolidación patrimonial. Cabe señalar al respecto: el trato del activo y del pasivo de cada empresa consolidada como si formasen parte de una única masa de la insolvencia; la cancelación de los créditos internos del grupo; el trato de los créditos frente a las empresas consolidadas como si se tratara de créditos frente a la masa consolidada; y el reconocimiento del orden de prelación calculado frente a cada empresa del grupo como orden de prelación frente a la masa consolidada (en la medida de lo posible, dada la dificultad antes mencionada). A raíz de una consolidación, se cancelarán, en general, mutuamente los créditos internos del grupo, por pasar todos ellos a ser exigibles a la misma y única masa consolidada de la insolvencia». La recomendación n.º 224 es aún más concreta y precisa que: «El régimen de la insolvencia debería precisar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a que: (a) El activo y el pasivo de toda empresa consolidada del grupo sean tratados como si formaran parte de una única masa de la insolvencia; (b) queden cancelados los créditos y las deudas entre las empresas del grupo que sean objeto de la orden emitida; y (c) los créditos contra las empresas del grupo afectadas por dicha orden sean tratados como si fueran créditos contra la única masa patrimonial».

I. La novación subjetiva de créditos

1. Consideraciones generales

El efecto más inmediato de la consolidación sustantiva es que supone —al menos aparentemente— una novación modificativa de los créditos de los acreedores de las entidades cuyos patrimonios se consolidan⁷⁸². En concreto, se trata de una novación subjetivo-pasiva, dado que lo que cambia es el deudor. Con la consolidación sustantiva, las diversas entidades jurídicamente separadas son tratadas como si se fusionasen en un único superviviente, al cual se le confieren todos los activos y todos los pasivos (excepto las reclamaciones internas, que se eliminan directamente). Se dice, por eso, que la consolidación sustantiva dinamita los principios de personalidad separada y de responsabilidad personal limitada⁷⁸³, que suelen ir de la mano, aunque, en realidad, el segundo es corolario del primero. En virtud del principio de personalidad separada pueden establecerse la individualidad y la independencia de un deudor respecto de los demás⁷⁸⁴. Asimismo, este principio hace posible que cada sujeto pueda ostentar un

⁷⁸² Como es sabido, la novación puede ser propia (o extintiva, art. 1204 CC) o impropia (o modificativa, si se modifica esencialmente la obligación preexistente, arts. 1203 y 1207 CC). Pese a que la novación está regulada en el Capítulo relativo a la extinción de las obligaciones, se acepta unánimemente por doctrina y por la jurisprudencia que también cabe la novación meramente modificativa (así se infiere del comienzo del art. 1204 y del comienzo del art. 1207 CC). Sin embargo, parte de la doctrina rechaza esta primera distinción, afirmando que toda novación es, en sí, extintiva. V. SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Barcelona [Nauta], 1964, p. 374 y ss. Se trata en efecto de una cuestión controvertida. Si la relación queda definida por la existencia de unos determinados elementos estructurales, puede pensarse que cuando uno de estos elementos (por ejemplo, uno de los sujetos) cambia, la relación ya no es la misma, sino que es otra distinta. No se trata de una discusión escolástica, ya que la permanencia o no permanencia de la relación implica, en última instancia, la pervivencia o no pervivencia del régimen jurídico anterior. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., tomo II, p. 794. No se trata de una cesión de créditos porque esta supone la transferencia de la titularidad activa del crédito del acreedor cedente al acreedor cesionario, y en los casos de consolidación esta titularidad permanece inalterada.

⁷⁸³ Así lo advierte la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 105: «Lo que más inquietud suscita es el hecho de que la consolidación ignore el principio de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo, que es lo que permite estructurar al grupo de empresas de modo que responda a diversos cometidos comerciales que permiten adaptarlo ventajosamente a la normativa fiscal, al derecho de sociedades y a los reglamentos aplicables en materia de gestión de empresas. Por ello mismo, si los tribunales ordenaran rutinariamente la consolidación patrimonial, se perderían muchas de las ventajas dimanantes de la flexibilidad estructural de un grupo de empresas». Aisladamente, se ha añadido que la consolidación sustantiva también atenta contra el principio fundamental de que el patrimonio de una persona jurídica tiene que estar dedicado/afecto a un fin o propósito determinado. V. WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht*, tomo I, Múnich, 1980, p. 229. Los defensores de la consolidación sustantiva afirman, sin embargo, que esta únicamente anula la separación entre sujetos de derecho, pero que el resto de relaciones permanece fiel a la personalidad separada. V. GRAU, C. en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., 2007, p. 103.

⁷⁸⁴ V., para el caso de los grupos, STAEHELIN, D., «No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies», cit., pp. 213 a 219. También EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 357, desecha la posibilidad de consolidar sustantivamente porque contraviene el carácter del grupo como unión o nexo entre sociedades *formalmente independientes*. En los grupos, en efecto, se dinamitan los principios de personalidad jurídica separada (*gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip*) y de responsabilidad limitada (*haftungsrechtlichen Trennungsprinzip*).

patrimonio con el cual responder (separada y limitadamente) de las correspondientes deudas. El resultado es que los créditos que los distintos acreedores tenían contra deudores formalmente separados «mutan»⁷⁸⁵ en créditos frente al superviviente consolidado. La principal consecuencia es que la consolidación reestructura (y por lo tanto revaloriza) los derechos de los acreedores (al alza o a la baja).

Teóricamente, este efecto de la consolidación puede aprehenderse desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista negativo, el patrimonio de cada deudor deja de ser el único responsable de las deudas de este, las cuales dejan de satisfacerse exclusivamente con cargo al mismo. Desde un punto de vista positivo, se unifican las responsabilidades de los diversos deudores conexos⁷⁸⁶. Esto resulta criticable, desde un punto de vista dogmático, porque no hay motivos para concluir que la diversidad de la responsabilidad formal de los deudores no deba conservarse también en sede concursal⁷⁸⁷.

Desde una perspectiva más pragmática, puede argumentarse que la aplicación sistemática de la consolidación sustantiva podría hacer, por ejemplo, que no se formasen más grupos, ya que la ventaja principal de un grupo es, precisamente, la segmentación de responsabilidad. La economía perdería así un instrumento efectivo de gestión y organización empresarial, lo cual resulta indeseable para el conjunto de la sociedad. En última instancia, se alteraría la estructura de la organización de empresas y su financiación. Téngase en cuenta que la consolidación determina el colapso de una de las funciones más importantes cumplidas por cada sociedad en el seno de un grupo: la función de destinar un patrimonio específico a la satisfacción de determinadas obligaciones (el llamado *asset partitioning*) o, lo que es lo mismo: la función de repartir el riesgo de empresa limitando y aislando responsabilidades⁷⁸⁸.

2. La consolidación sustantiva entendida como una novación subjetiva de facto

Ahora bien, cabe preguntarse si la consolidación sustantiva realmente produce una sustitución en la persona del deudor. Ya se ha comentado que se tiende a asimilar la consolidación sustantiva a una fusión entre las sociedades cuyos patrimonios se consolidan

⁷⁸⁵ «The result is that claims of creditors against separate debtors morph to claims against the consolidated survivor». V. *Genesis Health Ventures, Inc. vs. Stapleton (In re Genesis Health Ventures, Inc.)*, 402 F.3d 416 (3rd Chjir. 2005), citado por VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 28.

⁷⁸⁶ Señala estos dos aspectos GRAU, C. en *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., pp. 104 y 105.

⁷⁸⁷ Especialmente en el caso de los grupos, v. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 556: «Die haftungsrechtliche Vielfalt des Konzerns ist auch in der Insolvenz durchzuhalten».

⁷⁸⁸ En este sentido, v. RASMUSSEN, R., «The Problem of Corporate Groups, A Comment on Professor Ziegel», cit., p. 398: «Corporate boundaries are no accident. They are increasingly designed to match creditor claims with certain assets». También VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 28 y EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 358.

(v., supra, capítulo XII)⁷⁸⁹. Sin embargo, la transformación de varias entidades en una única entidad consolidada se hace meramente «a los efectos del proceso concursal» (esto es, no a todos los efectos)⁷⁹⁰. Se produce una «fusión» de las masas activas y de las masas pasivas de sujetos formalmente distintos, pero no una fusión en sentido societario⁷⁹¹. Lo que se fusionan son las masas, no las personas jurídicas. Con la consolidación se crea una masa concursal nueva: se redefinen diversos patrimonios transformándolos en uno solo. No se crea una nueva persona, se crea un nuevo patrimonio⁷⁹².

El hecho de que el nuevo patrimonio consolidado no sea atribuible a ningún sujeto concreto es, sin dejar de ser excepcional, algo que no resulta ajeno a los Ordenamientos jurídicos. Piénsese, por ejemplo, en la herencia yacente, que no es sino un patrimonio separado transitoriamente privado de titular. Igualmente, en Francia, en los supuestos en los que la extensión del concurso puede dar lugar a la consolidación de las masas, la *Cour de Cassation* no ha visto inconveniente en la compatibilidad de dicha consolidación con el mantenimiento de la personalidad jurídica de los diversos deudores cuyos patrimonios se unifican⁷⁹³. La consolidación, se ha dicho, no implica fusión, de modo que cabe la combinación (necesaria, según esta Corte) entre la consolidación de los patrimonios y la pluralidad de las personas titulares de los mismos.

Aunque, como se ha visto, la consolidación no implica propiamente un cambio en la persona del deudor, sus efectos son, de facto, idénticos. En efecto, lo que importa en una relación obligatoria no es solo la persona que responde, sino el patrimonio con el cual lo hace. Esto es, se concibe la relación obligatoria no solo (o no tanto) en cuanto que vínculo entre dos personas determinadas (el acreedor y el deudor, en la versión más

⁷⁸⁹ Así lo hacen, entre otros muchos, EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 357. También FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 450. ASHE, G., «The corporate entity in Bankruptcy: Subordination-Consolidation-Merger», cit., pp. 291 y ss. ASHE, G., *ibid.*, pp. 291 a 304 se refiere siempre al binomio consolidación-fusión (*consolidation-merger*).

⁷⁹⁰ En palabras de WES, E. J., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach», cit., p. 720: «Substantive consolidation in bankruptcy involves “piercing the corporate veil” between affiliated bankrupt corporations to form one “consolidated” entity for the purposes of the bankruptcy proceeding».

⁷⁹¹ V. VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 24. Existen, como es sabido, dos tipos de fusión: la fusión por absorción (art. 23.2 LMESM) o la fusión mediante la constitución de una sociedad nueva (art. 23.1 LMESM). En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (art. 22 LMESM).

⁷⁹² Lo define en estos términos BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 469: «Substantive consolidation is a bankruptcy procedure that redefines multiple bankruptcy estates into a single bankruptcy estate. This redefinition results in the estate’s assets and liabilities being added together to create a new bankruptcy estate. Creditors with claims against any of the separate estates receive a claim against the new estate».

⁷⁹³ Cass. Com., 7 janvier 2003, en *Juris-Classeur périodique édition entreprise* (2003), p. 760. V., también, JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 92.

simple), sino en cuanto que vínculo entre dos patrimonios. En puridad, las normas que requieren el consentimiento del acreedor para permitir una novación modificativa subjetivo-pasiva de un crédito buscan proteger que el patrimonio llamado a responder de la obligación no se vea alterado, y no tanto que cambie la persona titular del patrimonio (*rectius*, las características estrictamente personales del deudor). Naturalmente, no estamos afirmando que la obligación sea un vínculo entre patrimonios en el sentido de que estos sean los sujetos de la obligación: la relación obligatoria no es una relación entre patrimonios. Pero sí que interesa el hecho de que el patrimonio sea el soporte de la responsabilidad deducida de la obligación. O, si se quiere, «la responsabilidad que para los sujetos produce la obligación es una responsabilidad patrimonial»⁷⁹⁴.

Así pues, puede concluirse que la consolidación sustantiva implica, de facto, una novación subjetivo-pasiva de los créditos del conjunto de los deudores consolidados, en la medida en que se altera el patrimonio responsable de los mismos.

3. El problema del consentimiento del acreedor

El cambio de deudor en una relación obligatoria es un tema que suscita numerosos problemas, que han cristalizado en la necesidad de que el acreedor consienta la sustitución del deudor primitivo por otro sujeto (art. 1205 CC)⁷⁹⁵. El motivo es que el cambio de la persona del deudor es un asunto que no afecta exclusivamente al antiguo y al nuevo deudor. Para el acreedor, la persona del deudor constituye un elemento sustancial del propio derecho, puesto que las condiciones personales y las condiciones económicas de solvencia y de responsabilidad son decisivas. Un cambio en la persona del deudor introduce así una importantísima mutación en el derecho del acreedor⁷⁹⁶.

3.1. La ruptura con el principio de libertad contractual

Al violentar la subjetividad jurídica de los deudores, la consolidación sustantiva obvia o ignora la capacidad de decisión autónoma de los acreedores, los cuales son quienes deberían elegir a sus deudores, con un perfil de riesgo y un substrato de responsabilidad determinados⁷⁹⁷. En otras palabras, se vulnera el principio de libertad contractual. Cuando los deudores consolidados dejan de ser varios y pasan a ser uno, se produce la sucesión de

⁷⁹⁴ Por eso DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., tomo I, p. 158 habla de una «patrimonialización de la obligación o de una agudización de su carácter económico».

⁷⁹⁵ El artículo 1205 del Código Civil establece que «La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor».

⁷⁹⁶ Lo reconoce en estos términos DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., tomo II, p. 834.

⁷⁹⁷ En palabras de RIEBLER, V., y KOLBE, S., «Konzernmitbestimmung in der Insolvenz», cit., p. 286: «Dabei kann es freilich nur um eine verfahrensmäßige, formelle Zusammenfassung gesonderter Verfahren gehen; nie aber um eine einheitliche Insolvenz über ein einheitliches Konzernvermögen. Diese stellt die Rechtssubjektivität juristischer Personen in Frage und überspielt die privatautonome Entscheidung der Gläubiger, die sich ihren Schuldner —und damit dessen Insolvenzrisiko und Haftungssubstrat— eigenverantwortlich ausgesucht hatten».

derechos de los primeros al segundo, pasando este a ser una nueva contraparte contractual de cara a terceros. Cambia entonces el deudor sin el consentimiento de los acreedores. El resultado es que los acreedores, que en su día contrataron con la sociedad A, se ven confrontados repentinamente con una nueva entidad que no pudieron elegir como contraparte. Así, se convierte en deudores de determinados créditos a terceras personas para las que los contratos que los originaron constituyen *res inter alios*⁷⁹⁸. Nada pasaría si la deuda resulta finalmente satisfecha. Sin embargo, en caso de insolvencia, se rompe la confianza que el acreedor depositó en la solvencia del deudor originario⁷⁹⁹.

3.2. El incremento de los costes de crédito y el menoscabo de la seguridad jurídica

En estrecha relación con lo anterior, la aplicación de la consolidación sustantiva puede desembocar en el menoscabo de la seguridad jurídica y en el incremento de los costes de crédito⁸⁰⁰. Bien es cierto que estos problemas derivan más bien de la impredecibilidad de la aplicación de la consolidación sustantiva que de la medida en sí. Es decir, si la regla habitual fuese la consolidación, no se alterarían las expectativas de los agentes económicos. Sin embargo, la consolidación es un mecanismo tan radical y tan susceptible de perjudicar a los acreedores que no es posible establecer su aplicación por regla general, sino que debe restringirse a aquellos casos en los que concurren circunstancias excepcionales.

La consolidación sustantiva puede afectar de forma dramática a la manera en la cual los agentes económicos evalúan el riesgo de crédito (y el consiguiente coste del mismo). En concreto, uno de los principios legales que se tienen en cuenta como punto de partida para evaluar ese riesgo es la personalidad jurídica y la correspondiente limitación de la responsabilidad. La responsabilidad limitada es, en efecto, una parte fundamental del sustrato normativo que se tiene en cuenta en el mercado. Por otra parte, entre las condiciones que se tienen en cuenta para conceder crédito está el riesgo de insolvencia. Si existe la posibilidad de consolidación con un deudor menos solvente, aumenta el

⁷⁹⁸ La STS [1.ª] 13.12.2012, que desestima el recurso contra la SAP Valencia [9.ª] 22.3.2010, menciona este efecto como motivo disuasorio que debe tenerse en cuenta a la hora de acordar la consolidación de los patrimonios. En esta resolución, el Alto Tribunal insiste en la excepcionalidad de las circunstancias que pueden justificar el recurso a esta medida.

⁷⁹⁹ V. EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 358. Se hace eco GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 111. También FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 451: «[C]onsolidation normally defeats contractual expectations by rewriting the contracts governing the allocation of business risk among participants in the enterprise».

Naturalmente, esto solo puede predicarse de los acreedores contractuales, pero no de los extracontractuales o involuntarios. V. FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 453.

⁸⁰⁰ Sobre estos aspectos v. FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., pp. 451 y 452, y también ERICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit. También insiste en este punto en «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 359.

riesgo por la posible disolución o disminución de las cuotas⁸⁰¹. Por eso, la consolidación amenaza con destruir las bases de estos cálculos mediante la creación de una nueva entidad con cuyo patrimonio los acreedores deben satisfacer sus créditos⁸⁰². En palabras del juez FRIENDLY: «la igualdad entre acreedores que han contratado legítimamente unas determinadas condiciones no es equidad, sino todo lo contrario»⁸⁰³.

Así las cosas, la amenaza o el riesgo de una consolidación de patrimonios hacen obsoleta cualquier estimación del riesgo de un deudor, ya que nadie puede prever si, en caso de insolvencia, su patrimonio será o no consolidado con los de otros sujetos. Esto conduce a una inseguridad económica insostenible y tiene efectos disuasorios sobre la contratación. Los riesgos de insolvencia se convierten en incalculables⁸⁰⁴, lo cual resulta especialmente grave si recordamos que la normativa concursal es una medida de tutela del crédito (y que, por esta vía, es paradójicamente susceptible de perjudicarlo)⁸⁰⁵.

3.3. La novación judicial de los créditos

En el caso de la consolidación sustantiva, el necesario consentimiento del acreedor se sustituye por la aprobación judicial de la medida. Esta debilitación o modulación del requisito del consentimiento del acreedor se justifica, en sede concursal, por la naturaleza de proceso universal y colectivo del concurso, así como en aras de la celeridad procesal que debe regir el procedimiento.

En directa relación con lo anterior está el papel que se le da al *animus novandi* (la voluntad de novar). Tal voluntad es uno de los requisitos imprescindibles para que la novación de créditos pueda producirse. El acto novativo es, en principio, contractual⁸⁰⁶. Se habla en

⁸⁰¹ V., infra, 5.1.

⁸⁰² En palabras de GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., pp. 218 y 219: «Creditors' reliance on the separateness of their debtors is important because voluntary creditors assess the risks of lending to a particular debtor and adjust the terms of the credit agreement accordingly. Consolidation threatens to destroy the bases of such risk calculations by creating a new entity from which the creditors must look for payment». En el mismo sentido se pronuncia SCHUPP, R., «Substantive Consolidation: the Evolution and Use of an Equitable Power», cit., p. 418: «Substantive consolidation can turn an otherwise sound business decision to extend credit or provide services to a healthy concern into a can of worms in which much less credit worthy businesses are combined with the relatively healthy entities making the otherwise secure loan very insecure».

⁸⁰³ «Equality among creditors who have lawfully bargained for different treatment is not equity but its opposite». V. *Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel*, 369 F.2d 845, 848 (2nd Cir. 1966).

⁸⁰⁴ Esta dificultad se relativiza, según ERICKE, porque la práctica económica actual tiende a sobreelevar el riesgo en las condiciones contractuales o a demandar una seguridad suficiente. Así, el argumento de una posible elevación de los costes del crédito depende de los organismos que decidan sobre la consolidación. V. ERICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit. También insiste en este punto en «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 359.

⁸⁰⁵ V., por ejemplo, JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., pp. 7 y 8: «Bankruptcy law is a response to credit [...] Whatever the reasons for lending and whatever its form, the terms on which consensual credit is extended depend to a substantial extent on the likelihood of voluntary repayment and on the means for coercing repayment».

⁸⁰⁶ V. SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, cit., p. 354.

este sentido de un «contrato de modificación» o un «convenio modificativo», ya que suele ser una modificación convencional. Sin embargo, la consolidación sustantiva produce una novación judicial, con independencia de que los acreedores (y más aún los deudores) consientan⁸⁰⁷.

4. La subsistencia del crédito originario

La jurisprudencia se inclina por admitir dos tipos de novación subjetivo-pasiva de créditos: la novación subjetiva con subsistencia del vínculo y la novación subjetiva sin subsistencia del vínculo⁸⁰⁸, en función de si subsiste o no el vínculo del acreedor contra el deudor originario.

Frente a ello, la consolidación sustantiva implica en todo caso una novación con subsistencia del vínculo, esto es, no se extingue el crédito que el deudor originario tenía con el acreedor. Otra solución carecería de sentido, al no formarse una entidad nueva que sea titular del patrimonio consolidado. De admitirse que el deudor originario queda liberado con la novación, nos encontraríamos con una relación obligatoria «coja», sin sujeto deudor. Cuando el deudor queda liberado, se dice que se trata de una delegación de deuda (y, en realidad, de una novación extintiva y no modificativa). Sin embargo, cuando no queda liberado, como es nuestro caso, estamos ante una delegación de pago. En esta delegación, sin embargo, no paga un «tercero», sino que el pago se realiza con cargo a un nuevo patrimonio separado, carente de personalidad jurídica y desligado de las personas jurídicas preexistentes.

La subsistencia del crédito originario —algo que, por cierto, no es en absoluto extraño al Derecho concursal—⁸⁰⁹ debe predicarse también respecto de las reclamaciones internas entre los deudores cuyos patrimonios se consolidan, dado que no existen razones que induzcan a defender lo contrario.

⁸⁰⁷ La sustitución de la voluntad de los acreedores por un pronunciamiento judicial no resulta un fenómeno extraño al Derecho concursal. Por ejemplo, con la aprobación del convenio como convenio «de masa», la decisión del juez suple la voluntad de los acreedores que no hubiesen votado o que hubiesen votado en contra.

⁸⁰⁸ V., por todas, STS [1.ª] 21.12.2010.

⁸⁰⁹ En efecto, algo similar sucede con las quitas concursales. Una de las especialidades de la quita concursal respecto de la quita común (que equivale a condonación) es que la primera supone un pacto de non petendo de la diferencia, de duración limitada: si se cumple el convenio, la quita o remisión produce plenos efectos y se extingue el crédito en la parte que haya sido objeto de esa quita. Sin embargo, si se incumple el convenio, el acreedor readquiere el derecho a la satisfacción de la totalidad del crédito reconocido. V., por todos, ROJO, A., «Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», cit., p. 1871.

5. Efectos sobre los créditos

5.1. La discriminación entre acreedores

Si bien algún autor ha sostenido aisladamente que la consolidación sustantiva rompe con el principio de paridad de trato de los acreedores (la *par condicio creditorum*)⁸¹⁰, tal afirmación es incorrecta. La consolidación sustantiva no infringe la *par condicio*, porque este principio rige únicamente entre los acreedores de cada deudor, pero no *vis-à-vis* los acreedores de otro deudor. Dicho esto, lo que sí puede producir la consolidación sustantiva es un perjuicio o una discriminación entre los acreedores de cada deudor.

Ordinariamente, habrá acreedores que, a la hora de contratar, hayan tenido exclusivamente en cuenta al concreto deudor con el cual estaban contratando, sin considerar en ningún momento la interrelación entre este sujeto y otros. Si el patrimonio de este deudor se mezcla con el de otros sujetos menos favorecidos patrimonialmente, los acreedores del primero verán diluidas sus posibilidades de cobro, en beneficio de los acreedores que hubiesen confiado en sujetos con un patrimonio inferior. Se beneficia a los acreedores del deudor más insolvente, en detrimento de los acreedores del deudor más solvente⁸¹¹. En otras palabras, puede ocurrir que los acreedores ordinarios del deudor más solvente se vean desbancados o desplazados en sus expectativas de cobro por los acreedores del deudor más insolvente (de forma que, de no haberse producido la consolidación, los primeros hubiesen sido satisfechos en mayor medida). Esto sucede

⁸¹⁰ V., por ejemplo, GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 109, que habla de un «Bruch mit dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz».

⁸¹¹ En palabras de BERRY, C. G., «Creditors of the less healthy entity will always benefit when they satisfy their claims against a pool of assets which includes those of a healthier entity. Only if the consolidated entities are in equally bad shape will there be no automatic improvement of some creditor status as a result of consolidation». V. BERRY, C. G., «Consolidation in Bankruptcy», *Am. Bankr. L. J.*, núm. 50 (1976), p. 369. Permitir a un acreedor, que confió exclusivamente en la solvencia de un sujeto, satisfacer su crédito también sobre el patrimonio de otro es una solución discriminatoria. Naturalmente, esto afecta más intensamente a los acreedores ordinarios. También, GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., pp. 105 y 106 y FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 450. Incluso los grandes defensores de la consolidación sustantiva reconocen los perniciosos efectos que esta puede tener sobre los acreedores. Por ejemplo, LANDERS, J. M., «A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 42 (1975), p. 630: «When one of the constituent corporations is in significantly better financial condition than the other, the differences between consolidation, on the one hand, and separate bankruptcy proceedings or the liquidation of a solvent subsidiary, on the other, will be dramatic. If the bankrupts are consolidated, the claims of priority creditors of the poorer company will be promoted ahead of the claims of general creditors of the wealthier company, and those general creditors will now have to share the assets of the wealthier company with general creditors of the poorer company. If the wealthier company is a solvent subsidiary of a bankrupt parent, consolidation means that its creditors will receive something less than the payment in full they would have received absent the consolidation». También llama la atención sobre el particular la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 109.

porque la consolidación de los patrimonios afecta, no tanto a la cantidad total de activos que se van a distribuir, sino a la distribución de los mismos⁸¹².

En el concreto caso de los grupos, no ha faltado algún autor que justificase el perjuicio a los acreedores de la sociedad más solvente alegando que dicha situación patrimonial favorable vendría a ser el resultado de los abusos que esta habría realizado sobre la sociedad menos solvente⁸¹³. Esto, sin embargo, no puede sostenerse con carácter general, porque se estaría trasladando la consecuencia de un acto (la discriminación en el cobro a resultas de los abusos) a un sujeto completamente ajeno a dicho acto (el acreedor) sin justificación alguna. Además, el fraude o abuso de las formas societarias no constituye un requisito imprescindible de cara a acordar la consolidación de patrimonios (v., infra, V).

También se ha dicho, con miras a minimizar el impacto negativo sobre los derechos de los acreedores, que, dado que la consolidación ayuda a incrementar la masa concursal, al final los acreedores se ven beneficiados, ya que, al aumentar el tamaño de la «tarta», se incrementa también el tamaño de las «porciones»⁸¹⁴. El problema es que el incremento de la masa concursal puede no compensar los perjuicios que conlleva para algunos acreedores y, además, es posible que el incremento de la masa se deba, básicamente, a los efectos coordinatorios que per se implica la consolidación (y que no tienen efectos tan drásticos sobre los acreedores y cuyo análisis se ha realizado en la segunda parte de este trabajo).

En cualquier caso, no deja de ser paradójico que uno de los inconvenientes de la consolidación sea el perjuicio a los acreedores cuando, en uno de los casos paradigmáticos

⁸¹² V. BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 474: «The decision to substantively consolidate the bankruptcy estates does not affect the total amount of assets distributed to the unsecured creditors but instead the distribution of the assets» y también *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 110: «Dado que la consolidación supone la mancomunación de los bienes de distintas empresas de un grupo, no suele incrementar la suma cobrada por cada acreedor, sino que más bien tiende a nivelar lo que se reembolsa a cada uno, incrementando los importes que perciben algunos de ellos a expensas de lo que cobran otros. Además, la consolidación de patrimonios se presta a que los acreedores más importantes y mejor defendidos obtengan reembolso con cargo a bienes a los que no deberían tener acceso, o puede dar lugar a la interposición de recursos por los acreedores disconformes con la consolidación, lo que prolongaría el procedimiento de insolvencia, y mermaría la seguridad y ejecutoriedad de ciertas garantías reales (si se anulan los créditos internos del grupo a resultas de la consolidación, todo acreedor con una garantía sobre dichos créditos la perdería)». Naturalmente, puede suceder que la consolidación lleve aparejado un incremento de la masa concursal común (por ejemplo, por las ventajas derivadas de la coordinación de procedimientos, o por el ahorro producido a no haberse incurrido en costes para «des-confundir» los patrimonios).

⁸¹³ V., en este sentido, NATHAN, R., «Controlling the Puppeteers: Reform of Parent-Subsidiary Law in New Zealand», *Canterbury L. Rev.*, núm. 3 (1986), pp. 14 y ss.

⁸¹⁴ Empleando la conocida metáfora de RASMUSSEN, R., «The problem of Corporate Groups, A comment on Professor Ziegel», cit., p. 399: «In short, the size of the pie is more important than the size of the slices».

y pioneros en aplicar esta doctrina, se dijo que «el único propósito de la consolidación sustantiva es asegurar el tratamiento equitativo de los acreedores»⁸¹⁵.

Sin embargo, no todas las categorías de acreedores son partícipes en los mismos términos de los efectos de la consolidación: el perjuicio no es igual para todos los acreedores ni se produce en todos los casos de consolidación. Procede pues acotar los supuestos en que dicho perjuicio se produce.

5.2. Perjuicio en función de la situación patrimonial de los deudores consolidados

El motivo por el cual la consolidación sustantiva es susceptible de perjudicar a los acreedores consiste en que cada deudor tiene, ordinariamente, diferentes ratios «activo total sobre pasivo exigible» (*asset-to-liability ratio*). Esta ratio suele denominarse *ratio de garantía*, y mide la relación entre el activo real total de una sociedad y su pasivo exigible total. Permite acreditar la garantía que la empresa ofrece a sus acreedores para hacer frente a sus obligaciones de pago.

Al consolidarse varios patrimonios, las ratios de garantía iniciales de cada uno de ellos devienen obsoletas, y surge una nueva aplicable al patrimonio consolidado. El acreedor cuyo deudor originario tenga la ratio más alta recibirá una menor satisfacción de su crédito, en beneficio del acreedor cuyo deudor originario tenga una ratio más baja, porque la ratio resultante del patrimonio consolidado será inferior a la primera y superior a la segunda⁸¹⁶. De esta forma, la existencia o no de perjuicio para un acreedor concreto se colige de la comparación entre la ratio de garantía inicial de su deudor y la ratio de garantía del patrimonio consolidado.

Existen dos casos en los cuales ninguno de los acreedores (de aquellos a los que les pueda afectar la consolidación) se verá perjudicado. El primer caso, muy improbable, es que todos los deudores cuyos patrimonios se consolidan tengan la misma ratio de garantía. En ese caso, la ratio del patrimonio consolidado resultante coincidirá con la ratio del patrimonio inicial y no habrá perjuicio⁸¹⁷. El segundo caso consiste en que todos los

⁸¹⁵ Así lo afirmó la Corte de Apelación del Second Circuit en *In re Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F. 2d 515, 518 (2nd. Cir. 1988): «The sole purpose of substantive consolidation is to ensure the equitable treatment of all creditors», citado por HIGHTOWER, J., «The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy», cit., p. 471, que apostilla que el propósito de la consolidación sustantiva es la protección de los acreedores.

⁸¹⁶ Así lo afirma GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 210: «Substantive consolidation threatens to prejudice the rights of creditors because separate debtors ordinarily will have different ratios of assets to liabilities. The creditor of a debtor whose asset-to-liability ratio is higher than that of its affiliated debtor will receive a proportionately smaller satisfaction of its claim because the asset-to-liability ratio of the merged estates will be lower». Se hacen eco FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 451; SCHUPP, R., «Substantive Consolidation: the Evolution and Use of an Equitable Power», cit., p. 481; OSTRIN, B., «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», cit., p. 353 y KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», cit., p. 382.

⁸¹⁷ V. FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 451: «Unless the asset to liability ratio of each member of the corporation

deudores estén en situación de superávit patrimonial (esto es, que sus activos sean superiores a sus pasivos). Entonces, el patrimonio consolidado también estará en situación de superávit patrimonial. En este segundo grupo de casos, aunque los acreedores no salgan perjudicados (presuponiendo unas condiciones distributivas ideales), sí que puede afectar a los accionistas de alguna de las entidades (concretamente, aquellas cuyos balances estén en mejor estado)⁸¹⁸.

Téngase en cuenta que, a la hora de calcular el impacto sobre las cuotas de satisfacción de los acreedores, estamos empleando el criterio de balance/desbalance patrimonial, y no el criterio de solvencia/insolvencia. Una cosa es el criterio empleado para determinar el momento en el cual surge el deber para el deudor de solicitar la declaración de concurso (art. 5 LC) y, otra, la solución del concurso, que ya depende del plano estrictamente patrimonial y no solo de la liquidez de que dispongan los deudores.

En los demás casos (esto es, cuando uno o varios de los deudores se encuentre en desbalance patrimonial, esto es, que sus activos reales sean inferiores a los pasivos exigibles) necesariamente algún grupo de acreedores se verá menos satisfecho que si no se hubiese producido la consolidación.

5.3. Perjuicio en función del tipo de acreedor sobre el cual se produce

La consolidación sustantiva no afecta —en sentido discriminatorio— a los acreedores que cuentan con una garantía real, porque, en principio, su crédito ha de satisfacerse prioritariamente con cargo al bien gravado por esta. Únicamente podrían verse afectados en la parte del crédito no cubierta con el valor del bien garantizado. Sí que es susceptible de afectar, en cambio, a los acreedores contra la masa, a aquellos que cuenten con privilegios generales, a los acreedores ordinarios, a los subordinados y a los garantizados mediante una garantía personal de otro deudor conexo cuyo patrimonio también se haya consolidado.

5.3.1. Créditos con privilegio especial

En principio, los créditos con privilegio especial deben mantener tal condición pese a la consolidación de las masas, dado que el privilegio se referirá a algún bien o derecho concreto. Los titulares de créditos con garantías reales quedan así tutelados (al menos en la cuantía del valor del bien que sirva de garantía)⁸¹⁹.

group is equal, substantive consolidation will necessarily reduce the bankruptcy distribution to some group of creditors or equity owners».

⁸¹⁸ Ciertamente, en palabras de FROST, C., *ibíd.*, p. 451: «If the corporate group remains solvent [a corporation is “solvent” when the value of its assets exceeds the amount of liabilities and is “insolvent” when its liabilities exceed the value of its assets] after consolidation, none of the creditors will be harmed. In this case, however, consolidation may result in a lower distribution to the shareholders and a higher distribution to the creditors of the group».

⁸¹⁹ BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», *cit.*, p. 474. La CNUDMI recomienda, en efecto, el mantenimiento de estos privilegios

La «especialidad» del privilegio hace que sean los créditos menos conflictivos, al ser los menos afectados por la consolidación. Sin embargo, no dejan de plantear algunos problemas que procede tratar, siquiera brevemente. En primer lugar, los acreedores con privilegio especial basado en una garantía sobre un bien cuyo valor no cubra la totalidad del crédito ostentarán, por la parte no cubierta, un crédito ordinario que deberían poder hacer efectivo sobre la masa consolidada. En segundo lugar, puede suceder que el privilegio especial recaiga sobre un crédito del cual sea acreedor otro de los deudores conexos consolidados. En tal caso, la garantía deberá entenderse extinta, porque se daría una confusión (el bien hipotecado o pignorado y la deuda garantizada pasarían a formar parte del mismo patrimonio, de forma que la garantía no sería posible, *ex arts. 1857 y 1858 CC*)⁸²⁰. Además, en este caso, no solo se extinguirá la garantía, sino también el crédito del cual trae causa, ya que, por el efecto depurativo de las masas, se extinguirán las reclamaciones internas.

5.3.2. Créditos contra la masa, con privilegio general, ordinarios y subordinados

Los efectos de la consolidación son los mismos para los acreedores contra la masa⁸²¹, los acreedores con privilegio general⁸²², los ordinarios y los subordinados. Dependerán de la diferencia que exista entre las ratios de garantía de los patrimonios consolidados (v.,

especiales salvo en circunstancias excepcionales. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, recomendación n.º 225.

⁸²⁰ En España sucede lo que previene la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, en el cap. II, bajo la rúbrica «Acreedores garantizados», § 124: «Tal vez proceda también considerar el caso de los acreedores garantizados internos. Con arreglo a algunas leyes, cabe que las garantías reales internas al grupo sean anuladas, pasando el acreedor garantizado interno a ser un acreedor ordinario, o que sean subordinadas o modificadas de algún otro modo».

⁸²¹ Téngase en cuenta que solo resultarán afectados por la consolidación aquellos acreedores contra la masa cuyos créditos se hubieran generado en el intervalo temporal que media entre la declaración de concurso y la decisión de consolidar. Si el crédito contra la masa se generó una vez acordada la consolidación, entonces no se producirá, en principio, un cambio en statu quo jurídico y económico del acreedor.

⁸²² En principio, los privilegios generales se mantienen a pesar de la consolidación. Ello no obsta a que la distinta solvencia de cada deudor pueda afectar al cobro de los mismos. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 125: «En la práctica, cabe que se vean beneficiados o perjudicados por la puesta en común de los bienes del grupo, al igual que sucede con los acreedores ordinarios. Cuando la prelación de sus créditos se haya asignado, como en el caso de las prestaciones sociales de los empleados o los créditos fiscales, en el marco de cada empresa en particular, podría tener que examinarse de nuevo el orden de prelación de dichos créditos privilegiados en el marco del grupo consolidado, especialmente cuando los intereses de los empleados de una y otra empresa se vean opuestamente afectados. Por ejemplo, está claro que los intereses de los empleados de una empresa con un activo superior a su pasivo se verán diversamente afectados por la consolidación que los de los empleados de otra empresa del mismo grupo cuya situación patrimonial sea la inversa. Si bien cabe prever que, por lo general, los acreedores privilegiados mejoren su posición a expensas de los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas, cabe también prever que los acreedores privilegiados de cada empresa hayan de moderar sus expectativas iniciales al tener que computar entre todos ellos sus créditos privilegiados frente a la masa única del grupo consolidado». Y recomendación n.º 226: «El régimen de la insolvencia debería especificar que, en una consolidación patrimonial, deberá reconocerse, en lo posible, el orden de prelación establecido con arreglo al régimen de la insolvencia y aplicable respecto de cada empresa del grupo antes de emitirse la orden de consolidación.».

supra, 5.1). Evidentemente, tales efectos serán más graves cuanto más baja sea la posición del tipo de acreedores en la escala de preferencia crediticia.

5.3.3. Accionistas

Lo habitual es que, tras la liquidación, no quede remanente que repartir entre los accionistas, aunque puede no ser así. Si la situación financiera de las sociedades deudoras es muy dispar, es posible que, en una de ellas, exista un remanente tras la liquidación y que, en el resto, la situación sea precisamente la contraria, esto es, que tras la liquidación persista un déficit. Con la consolidación, estas situaciones de superávit y de déficit se compensarían, de modo que los accionistas de la sociedad más solvente se verían perjudicados al perder el derecho al remanente o al recibir una cuota inferior a la que les correspondería si no se hubiesen consolidado las masas. Este efecto no es, sin embargo, muy significativo, dado que en el Ordenamiento español (como en muchos otros) priman los derechos de los acreedores sobre los de los socios⁸²³.

5.4. Consideraciones finales sobre los efectos sobre los créditos

La consolidación sustantiva puede ser origen de nuevos conflictos entre acreedores (concretamente, entre los beneficiados y los perjudicados por ella). Se reduce así a una quimera lo que afirman los defensores de la unificación de masas, a saber: que reduce la conflictividad en concursos conexos⁸²⁴.

En cualquier caso, los efectos sobre los acreedores —los cambios en las cuotas de satisfacción— deben ser el factor que más se tenga en cuenta en la decisión sobre la consolidación. Esto no resulta en absoluto sencillo. En el escenario más simple, existirán dos grupos de acreedores: por un lado, los acreedores de A, que aspiran a consolidar los patrimonios porque les beneficia y, por otro, los acreedores de B, que se oponen a la misma porque les perjudica. La decisión sobre la consolidación debería entonces basarse en la ponderación de los intereses de cada grupo de acreedores y reflejar la naturaleza de la consolidación en tanto que excepción al principio de separación. Por ello, la confianza

⁸²³ Se refiere expresamente a los efectos de la consolidación sobre los accionistas la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, bajo la rúbrica «Propietarios y accionistas», § 120: «Muchos regímenes de la insolvencia siguen la regla general de dar primacía a los acreedores sobre los propietarios y accionistas de la empresa, de modo que los créditos de estas dos últimas categorías quedan subordinados a todos los demás en el orden de prelación que rige la repartición de la masa de la insolvencia. Ello suele dar lugar a que los propietarios y los accionistas no perciban nada (véase la segunda parte, cap. V, § 76). Cabe, no obstante, que los accionistas de algunas empresas de un mismo grupo, cuyo activo sea superior a su pasivo, reciban cierta suma, en tanto que los acreedores de otras empresas del grupo, cuya situación patrimonial sea inversa, no perciban nada. Si la regla general de dar prelación a los acreedores sobre los accionistas se aplica solidariamente a todas las empresas consolidadas del grupo a raíz de su consolidación, todo acreedor de una de esas empresas sería reembolsado antes de que los accionistas de cualquiera de ellas percibiera pago alguno».

⁸²⁴ Así lo señala STAEHELIN, quien a continuación añade una frase lapidaria: «[t]he only possibility to prevent disputes regarding the insolvency of a group of companies would be to forbid the group of companies by law». V. STAEHELIN, D., «No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies», cit., p. 218.

en la independencia formal de los deudores conexos debería, en principio, tener un peso mayor, porque corresponde a una concepción fundamental del Derecho. Quien pretenda consolidar los patrimonios, esto es, una excepción al principio de separación, debería alegar razones muy poderosas cuando otros acreedores puedan verse perjudicados. De este modo, el perjuicio a los acreedores del deudor más solvente (con la ratio de garantía más elevada) es un argumento de peso que puede decidir sobre la suerte de la consolidación⁸²⁵.

Téngase en cuenta, en cualquier caso, que los efectos perniciosos sobre los acreedores quedarían inmediatamente neutralizados si mediase el consentimiento de todos ellos para consolidar las masas (i. e., una consolidación consensual). Asimismo, el alcance de los efectos de la consolidación de patrimonios sobre los acreedores depende de la modalidad que se adopte. Si la consolidación es parcial, los efectos se atenúan, al no alcanzar a todos los acreedores.

Por último, la unificación de patrimonios no es el único factor que produce el desplazamiento de valor de un grupo de acreedores a otro. En efecto, también la eliminación de las reclamaciones internas contribuye a dicho desplazamiento. Por ejemplo, cancelar o eliminar el crédito reclamado por la matriz respecto de la dominada también puede empeorar la posición *ex ante* asumida por los acreedores de la primera⁸²⁶. Sin embargo, los efectos de la eliminación de las reclamaciones internas como consecuencia de la consolidación tienen escasa o nula virtualidad en aquellos sistemas concursales (como el español) en los que los créditos derivados de tales reclamaciones son automáticamente subordinados (art. 92.5.º LC) y su recuperación es, por lo tanto y en la mayoría de los casos, muy dudosa, al estar a la cola de la jerarquía crediticia.

II. La «depuración» de las masas pasivas

La depuración de las masas pasivas es la consecuencia de la novación subjetiva que supone la consolidación, y consiste en la eliminación de las reclamaciones internas y de las reclamaciones «dobles o duplicadas»⁸²⁷.

1. La eliminación de las reclamaciones internas

La eliminación de las reclamaciones internas es la consecuencia de la confusión entre posiciones deudoras y acreedoras (art. 1192 CC), como hecho extintivo de las relaciones

⁸²⁵ V. FARRAR, J., y DARROCH, A., «Insolvency and corporate groups –the problem of consolidation» en Lessing y Corkery (dirs.): *Corporate Insolvency Law* [Gold Coast], 1995, pgs. 231 y ss.

⁸²⁶ V. VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 45.

⁸²⁷ Sobre el efecto de la consolidación sustantiva sobre las reclamaciones de las cuales los miembros del grupo son codeudores, V. BUSSEL, D. J., «Multiple Claims, *Ivanhoe* and Substantive Consolidation», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 17 (2009), pp. 217 a 232.

obligatorias⁸²⁸. La justificación del fenómeno de la confusión de derechos como causa de extinción de las obligaciones es perfectamente clara: *non potest esse obligatio sine persona obligata*. Nadie puede, en efecto, ostentar un derecho de crédito contra sí mismo⁸²⁹.

El hecho de que la consolidación sustantiva no cree un nuevo sujeto y se limite a constituir un nuevo patrimonio no obsta para que se produzca la confusión (y consiguiente extinción) de derechos. Piénsese que lo verdaderamente relevante a efectos de la confusión es que los patrimonios acreedor y deudor coincidan. Por ejemplo, cuando la sociedad A ostente un crédito contra la sociedad B y la sociedad B una deuda análoga frente a la sociedad A, en el patrimonio consolidado resultante tanto el crédito de A como la deuda de B se verán eliminados por la confusión entre el patrimonio deudor y el patrimonio acreedor. En el caso de que las operaciones intragrupo (préstamos, créditos, garantías, etc.) sean muy numerosas y tengan una base real dudosa, la consolidación elimina la necesidad de realizar un análisis de trazabilidad de las mismas (y, por consiguiente, el coste económico y temporal asociados a este).

Como ya hemos adelantado, la ventaja de la eliminación de las deudas internas queda bastante neutralizada en España debido a la subordinación automática que establece la Ley (art. 92.5 LC) para buena parte de los deudores conexos (aunque, recuérdese, los deudores conexos y las personas especialmente relacionadas no son categorías coincidentes).

Un supuesto distinto pero también de gran relevancia práctica es aquel en el cual la sociedad A garantiza mediante una garantía real (por ejemplo, una hipoteca) una deuda frente a la sociedad B, perteneciendo ambas al mismo grupo. Si dicha hipoteca estaba constituida sobre un inmueble propiedad de A, la consolidación anula la hipoteca, por dos motivos. En primer lugar, porque la consolidación conlleva la eliminación de las reclamaciones intragrupo, y la hipoteca es una garantía accesoria que se extingue cuando se extingue el crédito garantizado⁸³⁰. En segundo lugar, porque el bien hipotecado no puede ser titularidad del acreedor garantizado⁸³¹. Así pues, la consolidación sustantiva no solo elimina las reclamaciones intragrupo, sino también las garantías reales que se hubiesen constituido para garantizar su cobro. Los bienes que, antes de la consolidación, estuviesen afectos a estas garantías dejarán de estarlo, y se integrarán en la masa activa

⁸²⁸ Se trata de la llamada «confusión de derechos», que consiste en que las posiciones jurídicas que, en la relación obligatoria, se encontraban en cabeza de dos personas, pasan a estarlo en una sola de ellas.

⁸²⁹ Como afirma DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., tomo II, p. 894: «Desde un punto de vista de lógica jurídica, una relación unisubjetiva, en la cual una persona sea a la vez sujeto activo y sujeto pasivo, es algo que muy difícilmente se comprende».

⁸³⁰ Existe una relación de subordinación entre el derecho de crédito y la garantía, de forma que suele decirse que aquel es principal y esta es accesoria (arts. 1212 y 1528 CC). La accesoriadad significa que el derecho subordinado depende en cuanto a su existencia y a su subsistencia del derecho principal. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cit., tomo II, p. 397.

⁸³¹ En nuestro Ordenamiento no se permite la hipoteca ni la prenda sobre cosa propia del acreedor (arts. 1857 y 1858 CC). V. BLASCO GASCÓ, F., «Comentario al artículo 1857», en Cañizares; De Pablo; Orduña y Valpuesta (dirs.): *Código Civil Comentado*, Pamplona [Aranzadi], 2011, vol. IV p. 1274.

destinada a satisfacer al resto de acreedores. De este modo, los deudores conexos no pueden «salvar» las reclamaciones intragrupo ni siquiera cuando estas estén garantizadas.

2. La eliminación de las reclamaciones dobles o duplicadas

Por lo que respecta a la eliminación de las reclamaciones dobles, el ejemplo clásico es el del acreedor que ostenta un crédito contra la sociedad A, cuyo pago garantiza personalmente (mediante fianza o aval) la sociedad B, miembro del mismo grupo que la primera. En este caso, la garantía subsiste porque subsiste el crédito principal (el acreedor no es uno de los deudores cuyos patrimonios se consolidan). El problema es que, producida la consolidación patrimonial, tanto la relación principal (entre el acreedor y el deudor principal A) como la relación de garantía (entre el acreedor y el fiador o avalista B) tienen como deudor el mismo y único patrimonio consolidado. Pese a que podría argumentarse que, estrictamente, continúa habiendo tres sujetos distintos (acreedor, deudor principal y fiador), lo cierto es que de facto el deudor principal y el fiador son el mismo, al haberse consolidado sus respectivos patrimonios⁸³².

Cuando tanto el deudor principal como el fiador están en concurso, pero no se han consolidado los patrimonios, el acreedor garantizado personalmente puede insinuar su crédito en el concurso del deudor principal y también en el del garante. En el primero, el crédito será calificado como ordinario (art. 87.6 LC) y en otro como contingente sin cuantía propia (presupuesta la existencia del beneficio de excusión) (art. 87.3 LC). Sin embargo, en los casos en los que, en virtud de la consolidación, deudor principal y fiador quedan unificados, el acreedor solo podrá llevar el crédito al cobro en el procedimiento unificado de ambos, donde debería calificarse como ordinario.

También quedarán inoperativas las garantías personales en los supuestos de cofianza (art. 1837 CC), cuando los patrimonios de los diversos fiadores que garantizan a un mismo deudor principal, frente a un mismo acreedor y por una misma deuda, se consoliden.

⁸³² V., al respecto, la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, bajo la rúbrica «Trato otorgable a las fianzas», § 133 dice: «Las fianzas dadas entre empresas de un grupo pueden verse afectadas de diversa manera por una orden de consolidación patrimonial. De haber salido una empresa de un grupo fiadora de otra, cabe que las dos sean objeto de una orden de consolidación o cabe que el fiador no lo sea. En el primer caso, a raíz de la orden quedaría extinguida la fianza y todo crédito nacido de ella en cuanto crédito interno del grupo. En el segundo caso, la fianza pudiera verse afectada por lo que disponga el régimen de la insolvencia respecto de los tratos entre personas allegadas (véase la segunda parte, cap. V, § 48). Cabe también que una empresa externa al grupo haya salido fiadora de una empresa del grupo que sea objeto de consolidación patrimonial. Salvo que el régimen de la insolvencia disponga algo al respecto, este caso se regirá por la ley que le sea aplicable, que tal vez restrinja todo crédito adquirido por el fiador a raíz del pago de la fianza. Cabe asimismo que una empresa del grupo haya salido fiadora, frente a un prestamista externo, de otra empresa del grupo en garantía personal del préstamo otorgado a la otra, en un supuesto en el que las dos empresas del grupo pasen a ser objeto de consolidación. Como ya se señaló, cuando la exigibilidad de una fianza dependa de la personalidad autónoma de cada empresa del grupo, lo probable es que el prestamista externo, titular de la fianza, sea tratado como un acreedor ordinario de la masa consolidada, salvo que el régimen de la insolvencia le reconozca alguna prelación sobre los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas del grupo».

3. La eliminación de las acciones rescisorias concursales y de las acciones de separación internas

La consolidación de las masas imposibilita el ejercicio de acciones rescisorias concursales (arts. 71 y ss. LC) entre los deudores cuyos patrimonios se consolidan, ya que los activos que se pretendería recuperar y el patrimonio al cual se destinarían una vez recuperados forman parte del mismo patrimonio consolidado⁸³³.

Sin embargo, la consolidación facilita las acciones rescisorias contra actos realizados con terceros. Téngase en cuenta que, si no se consolidan las masas, la administración concursal del concurso del deudor A no podría impugnar un acto realizado por el deudor B (conexo al primero), por muy perjudicial que dicho acto resultase para la masa activa de A⁸³⁴. Sin embargo, la consolidación crea un patrimonio común sobre el cual debe medirse el perjuicio, lo cual abre la puerta a acciones rescisorias que, de otra forma, no serían posibles. En tales casos, no obstante, pueden surgir problemas con el cómputo del periodo sospechoso de dos años.

Dicho plazo puede computarse, en primer lugar, desde la fecha de declaración de cada concurso. El problema radica en que, entonces, las fechas pueden no coincidir, lo cual puede ser molesto para rescindir algunas operaciones (por ejemplo, en el caso de que un acto perjudicial, en el cual son partes varios deudores conexos, solo resulte rescindible respecto de alguno de ellos y no respecto de los demás, por haberse celebrado fuera del periodo sospechoso de dos años). En segundo lugar, es posible computar ese plazo desde la fecha en que se acuerda la consolidación. Esta opción presenta la ventaja de la existencia de una fecha común para todos los concursos. Sin embargo, puede generar una gran inseguridad jurídica, especialmente cuanto mayor sea el lapso temporal que medie entre la declaración de cada uno de los concursos y la fecha en que se acuerda la consolidación. Otra opción, menos acomodada al Ordenamiento español, consiste en tomar como fecha de inicio del cómputo la declaración del concurso conexo que antes

⁸³³ Lo señala la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 130. También se refiere a este efecto GARCÍA-ROSTÁN, G., «Propuestas para una regulación eficiente de la acumulación de concursos», cit., p. 180 cuando habla de la posibilidad, que considera admisible en el Ordenamiento español, de elaborar un convenio único para varios deudores. Aun manteniendo las masas activas y pasivas, comenta la posibilidad de elaborar un inventario que abarque todos los bienes de los deudores concursados y en el que la información que se proporcione sobre la titularidad de los mismos se base en el status quo constatado a efectos de la confección del convenio único, de forma que se evitarían las acciones rescisorias y de separación entre los concursados en las hipótesis en que se pueda llegar a una solución de convenio (y circunscribir el ejercicio de acciones rescisorias y de separación entre deudores conexos a los supuestos de liquidación). Se muestra partidaria de evitar el coste económico y las consecuencias jurídicas de las rescisorias de contratos celebrados entre los diversos sujetos afectados por el concurso y de las eventuales acciones de separación en aras de la concreción del patrimonio de cada uno de los deudores.

⁸³⁴ V. SJM 1 Cádiz 2.9.2011, donde se afirma que la administración concursal no puede impugnar en el concurso de una sociedad, actos dispositivos de otra sociedad del grupo cuyo concurso haya sido acumulado.

fue declarado. En cualquier caso, es necesario que la Ley especifique este extremo en aras de la transparencia y la predecibilidad⁸³⁵.

Las acciones de separación internas (art. 80 LC) también pierden todo el sentido con la consolidación de las masas, dado que los bienes disputados por varios deudores conexos formarán, en última instancia, parte del mismo patrimonio. Por ejemplo, si un determinado bien se encuentra en poder del deudor A pero pertenece al deudor B, en condiciones normales este último podría ejercitar una acción de separación para recuperarlo y evitar que se integrase en la masa activa del primero. Sin embargo, si los patrimonios de ambos deudores se consolidan, la separación carece de sentido, ya que la masa activa de origen y la masa activa de destino del bien son la misma⁸³⁶.

⁸³⁵ También la CNUDMI se refiere extensamente a este problema. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 131: «Cuando se ordene una consolidación patrimonial estando ya abierto un procedimiento de insolvencia o cuando se extienda a otras empresas del grupo en fechas sucesivas, tal vez se haya de considerar cuál será la fecha más adecuada para el cálculo del denominado período de sospecha que permite impugnar ciertas operaciones (véase la segunda parte, cap. II, § 188 a 191, y recomendación 89), a fin de que los prestamistas y otros terceros interesados gocen de seguridad al respecto. Esta cuestión será más ardua de resolver cuanto más tiempo transcurra entre la emisión de una orden de consolidación y la solicitud o la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de cada empresa del grupo. Optar por la fecha de emisión de la orden de consolidación como punto de partida para el cálculo retroactivo del período de sospecha, durante el cual sería impugnabile toda operación de una empresa consolidada, suscitaría tal vez problemas acerca de ciertas operaciones negociadas después de la fecha de solicitud o de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de una u otra empresa del grupo y previas a la emisión de la orden de consolidación. Cabría fijar dicha fecha determinante del período de sospecha con arreglo a la recomendación 89, lo cual podría dar lugar a que se fijara una fecha distinta respecto de cada empresa del grupo que sea objeto de consolidación, lo que suscitaría dificultades prácticas. Pero cabría también fijar una fecha común determinante del período de sospecha, fijándola en la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura o en la fecha de apertura efectiva del primer procedimiento de insolvencia respecto de cualquiera de las empresas consolidadas del grupo. Ahora bien, siempre será conveniente que el régimen de la insolvencia se pronuncie acerca de la fecha que procedería fijar a fin de salvaguardar la transparencia y previsibilidad debidas». La recomendación n.º 228 (Cálculo del período de sospecha a raíz de una consolidación patrimonial) aconseja lo siguiente: «(1) El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual se habrá de calcular el período de sospecha para la determinación de las operaciones impugnables del tipo indicado en la recomendación 87, a raíz de ordenarse una consolidación patrimonial, respecto de dos o más empresas del grupo; (2) la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha, con arreglo a lo previsto en la recomendación 89, podrá ser: (a) Una fecha distinta para cada empresa del grupo incluida en la orden de consolidación, pudiendo ser tanto la fecha de la solicitud de apertura como la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de cada una de ellas; o (b) una misma fecha para todas las empresas del grupo a las que sea aplicable la consolidación patrimonial, que corresponderá a: (i) la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura de un procedimiento o a la fecha de apertura de tal procedimiento contra cualquiera de ellas; (ii) la fecha en que se presentaron todas las solicitudes de apertura o en que se abrieron todos los procedimientos».

⁸³⁶ La neutralización de las acciones de separación internas a resultas de la consolidación deriva de la naturaleza de las mismas (regular la correcta composición de las masas activas). V. RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1447, donde señala que el contenido básico de la separación es la declaración de que un determinado bien o derecho no debe integrarse en la masa (y no tanto la entrega del mismo al verdadero titular).

III. La coordinación de los procedimientos conexos consolidados

La consolidación de las masas conlleva, per se, la aplicación en bloque de todos los mecanismos de coordinación que se han descrito en la Segunda Parte de esta investigación. En realidad, esta coordinación deriva de que, al unificarse los patrimonios de los deudores conexos, solo se tramitará un concurso (el relativo al patrimonio consolidado). La coordinación será, si se quiere, «perfecta», porque solo habrá un procedimiento concursal (al menos desde que el momento en que se decreta la consolidación).

Así, el órgano jurisdiccional encargado de tramitar los concursos «consolidados» deberá ser necesariamente el mismo, al igual que sucederá con la administración concursal, que será común. La tramitación (tanto de la fase común como de la fase solutoria), al ser única, estará necesariamente coordinada. Estos efectos coordinativos inherentes a la consolidación patrimonial implican importantes ventajas, a cuyo estudio en otra parte de esta investigación nos remitimos (v., supra, capítulos V a X)⁸³⁷.

IV. Consolidación y reorganización

Aunque la CNUDMI afirme que la consolidación de masas suele discutirse en contextos liquidativos⁸³⁸, existe una estrecha relación entre la consolidación sustantiva y la solución convenida o reorganizativa de los concursos⁸³⁹. A las entidades consolidadas se les brinda el derecho a una reorganización común, esto es, a una reorganización funcional, oportuna, procedente y adecuada a su estructura unitaria. Puede, por ejemplo, enajenarse

⁸³⁷ V. GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 101. Las ventajas que el autor enuncia respecto de la consolidación está tomado sin más de las ventajas de la coordinación de procedimientos tal y como las enuncia EHRICKE, U., «Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», cit., p. 354.

⁸³⁸ En efecto, como se afirma en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 107: «La consolidación suele ser evocada en el contexto de la liquidación y solo suele estar autorizada en dicho contexto. No obstante, existen proyectos de ley que permitirían la consolidación patrimonial en el marco de diversos tipos de reorganización. En países donde no se ha legislado en la materia, cabe la posibilidad de que se dicten órdenes de consolidación patrimonial en casos tanto de liquidación como de reorganización, si se estima que esa consolidación facilitaría la reorganización del grupo». Sin embargo, más adelante en el mismo párrafo, recuerda que: «La consolidación patrimonial es también posible como fruto de un plan de reorganización, dado que el régimen de la insolvencia de algunos países permite que se incluya en ese plan una propuesta para consolidar a la empresa deudora con otras empresas del mismo grupo, solventes o insolventes, propuesta a la que se dará curso si dicho plan es aprobado por la mayoría prescrita de los acreedores».

⁸³⁹ Ciertamente, la consolidación es un mecanismo que se adecúa innegablemente a los fines reorganizativos. V. FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 495 y, sobre todo, BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 428. La crisis de un empresario ya no se considera como una forma de selección natural darwinista en el seno del mercado que elimine a los débiles, sino que, en un avance hacia la eliminación del estigma de la insolvencia, las crisis empresariales han de considerarse hoy en día el reflejo de una mala gestión o de una deficiente utilización de recursos. Ya no es una mácula o tacha para el empresario, sino que debe ser entendida como una oportunidad para un nuevo comienzo más sano.

una rama de actividad que esté formalmente integrada en varias sociedades independientes. También pueden encontrarse formas de reestructurar y racionalizar más allá de los límites de cada sociedad individual (en materia de modificaciones estructurales⁸⁴⁰, aprovechamiento de recursos, externalización de determinados servicios, etc.). Igualmente, la consecución de crédito y la demanda de garantías pueden depender de la estructura financiera del conjunto de los deudores. Por último, una reorganización unitaria impedirá que triunfen fuerzas centrífugas que rompan la unidad económica del grupo⁸⁴¹.

Lo anterior está relacionado con la confección de un convenio único (con consolidación de masas, v., supra, Segunda Parte, capítulo VIII)⁸⁴². En este sentido, la coordinación entre varios convenios es más difícil, compleja e impredecible *ex ante* que la elaboración de un convenio único con previa consolidación de los patrimonios⁸⁴³. Sin embargo, no faltan tampoco las críticas a esta cuestión desde el punto de vista de los presupuestos en los cuales cabe la consolidación. Así, si la consolidación se aplica a las estructuras empresariales problemáticas, dudosas y sospechosas de haber abusado de las formas societarias, no se entiende que a posteriori se les conceda el beneficio de una posible reorganización unitaria. Se ha dicho por ello que en tales casos la consolidación patrimonial viene a ser la recompensa de los malvados (*die Belohnung der Bösen*)⁸⁴⁴, y que por ello no merece la pena implementarlo, ya que los incentivos que se dan son erróneos. Al respecto debemos señalar que, si bien es cierto que algunos de los presupuestos de la consolidación sustantiva merecen reprobación (como el fraude o abuso de formas societarias y la negligencia en el mantenimiento separado de la contabilidad y los activos

⁸⁴⁰ En Francia, parece que la consolidación, cuando se decreta, permite la elaboración de un único *plan de continuation*, lo cual anticipa la fusión que se realizará con la ejecución del plan. TRICOT, V. D., «La confusion des patrimoines et les procédures collectives», cit., p. 167: «Que la confusion de patrimoines ait, ou non, été prononcée avant l'ouverture du redressement judiciaire de deux entreprises, il n'existe pas d'obstacle à ce que soit proposé et arrêté un unique plan de continuation de ces deux entreprises, impliquant la réunion de leurs éléments respectifs d'actif et de passif, et anticipant ainsi une fusion qui se réalisera lors de la réalisation du plan».

⁸⁴¹ Indudablemente, el apego a la unidad económica del grupo puede ser conveniente de cara a la gestión y al éxito en la consecución de un procedimiento de saneamiento. V. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 556.

⁸⁴² Recuérdese que, en tal caso, la junta de acreedores deberá celebrarse de forma conjunta, con la asistencia de los acreedores de todos los deudores cuyos patrimonios se han consolidado. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, recomendación n.º 227: «El régimen de la insolvencia debería especificar que, de exigirse que se celebre, a raíz de una orden de consolidación patrimonial, una reunión de acreedores, tendrán derecho a asistir a ella los acreedores de toda empresa del grupo que vaya a ser consolidada».

⁸⁴³ V. PAULUS, C., «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 1953. Este autor se muestra escéptico con la admisibilidad de la consolidación patrimonial (a la cual denomina «materielle Zusammenfassung»). Uno de los casos en los cuales la acepta es cuando a través de la misma se sanearía al grupo en su conjunto. También UHLENBRUCK, W., «Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», cit., pp. 41 a 44 y GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, cit., p. 7.

⁸⁴⁴ V. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 554.

que da lugar a la confusión de los patrimonios), ello no ocurre en todos los casos. Y, aunque así fuera, la normativa concursal española no veta el acceso al saneamiento y a la reorganización empresarial aunque haya mediado dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia (cosa distinta será que la concurrencia de estos elementos tenga relevancia en sede de calificación).

V. Consolidación de patrimonios y contratos en curso

La consolidación no afecta a los contratos en curso que puedan tener cualesquiera de los deudores cuyos patrimonios se consolidan: estos siguen vigentes (art. 61.1 LC). Únicamente se alterará el patrimonio sobre el cual deban realizarse los cargos y abonos derivados de estos contratos. Surge la duda de si, en este caso, las partes *in bonis* podrían alterar o modificar las condiciones de estos contratos o incluso rescindirlos basándose en la existencia de circunstancias sobrevenidas y la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*.

La cuestión es delicada, ya que, pese a lo anterior, el juez del concurso está facultado para acordar el cumplimiento del contrato en interés del concurso aunque exista causa de resolución (art. 62.3 LC). Si puede hacer esto, no se entiende por qué no ha de poder acordar el mantenimiento del contrato, aunque medien motivos para su modificación o resolución. La solución de la controversia, que deberá ventilarse en el incidente concursal correspondiente, dependerá de las concretas circunstancias del caso (principalmente del interés que, para el concurso, tenga el mantenimiento del contrato de que se trate).

Cuestión distinta es la admisibilidad de cláusulas contractuales de «blindaje» contra la consolidación. Mediante este tipo de cláusulas, acreedor y deudor podrían acordar que el patrimonio responsable de la deuda correspondiente ha de ser única y exclusivamente el del deudor, sin que pueda verse afectado por una consolidación de patrimonios. En principio, la cláusula, en sí, sería válida, al menos fuera del concurso. Cosa distinta es la efectividad que pueda tener en sede concursal. Téngase en cuenta que la exclusión de un acreedor concreto de la consolidación (o consolidar parcialmente, esto es, permitir a un particular satisfacerse fuera del patrimonio consolidado) implica, en cierta forma, sustraerle de los efectos del concurso (ya que no se le aplicarían las quitas ni las esperas) y puede conllevar, por eso mismo, una conculcación del principio de la *par condicio creditorum*.

VI. Consolidación de patrimonios y calificación de los concursos

La consolidación de los patrimonios implica, como ya se ha apuntado (v., supra, capítulo XIII, apartado III), la unificación de los procedimientos (en lógica coherencia con la máxima «un patrimonio, un concurso»). Por eso, para todos los deudores cuyos patrimonios se consoliden solo se abrirá una sección de calificación. Esto, como inmediatamente se verá, supone una suerte de «privilegio encubierto» para las personas afectadas por la eventual calificación como culpable (recuérdese que, en los concursos conexos, será habitual la coincidencia de tales personas, v., supra, Segunda Parte, IX).

En primer lugar, por lo que respecta a los efectos personales, la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona tiene una duración máxima de quince años. Pues bien, si los patrimonios no se consolidan, se abrirán tantas secciones de calificación como concursos haya. En el caso de que varios o todos ellos se consideren culpables, podría suceder que, sobre una misma persona, recaigan varias sanciones de inhabilitación, cuyas duraciones deberán sumarse (art. 172.2-2.º tercer inciso LC). Ahora bien, si los patrimonios se consolidan y solo se abre una sección sexta, resulta que, sobre esa persona, solo podrá recaer una sanción de inhabilitación de, como máximo, quince años, dado que el tope máximo se refiere a cada concurso, no a cada persona. De este modo, por ejemplo, sobre el Sr. X (administrador de derecho de la sociedad A y administrador de hecho de la sociedad B), podría recaer una sanción de inhabilitación de hasta treinta años en caso de que ambos concursos se calificasen como culpables y él fuera persona afectada en los dos casos. Sin embargo, si los patrimonios de ambas sociedades se consolidan, la duración máxima de dicha sanción será de quince años.

En segundo lugar, por lo que respecta a los efectos patrimoniales, la consolidación también puede implicar un privilegio encubierto para las personas sobre las cuales estos recaigan, especialmente en el caso de la responsabilidad concursal. En este caso, el privilegio deriva de la diferente situación patrimonial de los deudores cuyos patrimonios se consoliden. Puesto que la responsabilidad concursal está llamada a cubrir el déficit (o parte del mismo), puede tener gran relevancia el hecho de que uno de los deudores esté en superávit y, con el mismo, compense y reduzca el déficit de otro deudor. Por ejemplo, puede suceder que, de no producirse la consolidación, la sociedad A tuviera un déficit de 100.000 euros y la sociedad B un superávit patrimonial de 150.000 euros. Con la consolidación, el patrimonio unificado no sería deficitario y, por lo tanto, no procedería la imposición de responsabilidad concursal, con el consiguiente beneficio que se derivaría para las personas susceptibles de ser condenadas al pago de la misma.

CAPÍTULO XIV. LOS PRESUPUESTOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE MASAS

La Ley Concursal española prevé la consolidación de las masas exclusivamente en caso de que exista confusión entre los patrimonios que se pretenden consolidar (art. 25 ter.2 LC). Ello no obsta para que debamos atender a otros Ordenamientos (especialmente el estadounidense) y preguntarnos por los otros supuestos en los que dicha consolidación aparece como un remedio, si no típico, al menos admisible. Los motivos que invitan a ello son básicamente dos. En primer lugar, que el fenómeno de la confusión de patrimonios rara vez aparece aislado de otras circunstancias, como la integración económica de los deudores o el abuso de las formas societarias (especialmente, en el caso de las sociedades que pertenezcan a un mismo grupo). En segundo lugar, que las escasas resoluciones judiciales que se han dictado al respecto en España muchas veces asimilan la confusión de patrimonios a las circunstancias anteriores⁸⁴⁵.

I. La falta de uniformidad en los criterios de aplicación de la medida

Los tribunales estadounidenses carecen de un estándar uniforme o de un criterio único para evaluar la procedencia o la improcedencia de la consolidación. Las decisiones acerca de la consolidación han sido, en su mayor parte, sui generis, y los criterios elaborados

⁸⁴⁵ V. SAP Barcelona [15.ª] 28.6.2011, STS [1.ª] 13.12.2012 y AJM 3 Barcelona 15.2.2013. En la primera de las resoluciones citadas, las circunstancias que enumera la Sala para justificar la consolidación de masas son dobles: por un lado, la confusión patrimonial y, por otro, el funcionamiento del grupo en el mercado como una única empresa. En efecto, en los Fundamentos Jurídicos 4.º y 5.º se afirma, respectivamente, que «no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran *confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa*, no solo se tramitaran conjuntamente sino como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos» y que «[e]n nuestro caso, el juez mercantil [...] justifica esta consolidación *por la confusión de patrimonios de las tres sociedades y porque actuaban como si de una sola empresa se tratara*» (la cursiva es nuestra). En el supuesto comentado, la Audiencia enumera una serie de circunstancias que justifican, en su parecer, que concurren los presupuestos para la consolidación. Estas circunstancias son las siguientes: la existencia de mismos socios, administradores, domicilio social y objeto social para todas las sociedades del grupo en concurso; el empleo de la misma imagen corporativa, mismo teléfono, fax y email por parte de todas ellas; el hecho de que compartieran el departamento de administración, el equipo informático y el software; que tanto los trabajadores como la maquinaria realizaran servicios indistintamente para todas las sociedades y, finalmente, que en las cuentas bancarias de las tres sociedades aparecieran multitud de transferencias que únicamente obedecían a necesidades puntuales de tesorería de cada una de ellas, pero no a operaciones contractuales reales. La confusión era tal que la administración concursal fue incapaz de determinar la situación real de créditos y deudas entre unas y otras sociedades. Además de todo lo anterior, los administradores sociales reconocieron que habían creado varias sociedades en lugar de una sola únicamente para obtener mejor calificación de las compañías de seguro de crédito. En la segunda de las resoluciones citadas, se habla de la consolidación como mecanismo de «puntual rechazo de la heterogeneidad subjetiva» en caso de «fraudes y abusos en perjuicio de los derechos de terceros» (Fundamento Jurídico 7.º). La tercera resolución fue dictada en un supuesto de grupo con estrechas relaciones entre las sociedades que lo conformaban (garantías y préstamos intragrupo) y entre las cuales también existía una situación de confusión patrimonial.

para analizar cada supuesto parecen haber sido hechos a medida del caso en cuestión⁸⁴⁶. Se trata, en efecto, de una medida cuya aplicación es altamente casuística⁸⁴⁷. De hecho, las decisiones que existen revisten un carácter tan marcadamente ad hoc que es prácticamente imposible sistematizarlas en un régimen legal coherente⁸⁴⁸. La jurisprudencia es, dicho por los propios comentaristas estadounidenses, «confusa»⁸⁴⁹.

Aunque el hecho de que se decida caso por caso dificulta la sistematización de los presupuestos exigidos para acordarla y resta rigor al análisis de la institución, pueden aislarse cuatro grandes enfoques en lo que respecta a los presupuestos para su aplicación. Téngase en cuenta que cada enfoque atiende básicamente a uno o varios factores, pero la determinación de su concurrencia no es más que el primer paso que debe dar el tribunal en el proceso de decidir si procede la consolidación. Por otra parte, la ausencia o inexistencia de uno o varios de estos factores no tiene por qué implicar necesariamente el rechazo de la consolidación⁸⁵⁰.

Los dos primeros enfoques se centran en las siguientes cuestiones: la confianza (o las expectativas) de los acreedores en la unidad económica del grupo y la confusión de

⁸⁴⁶ Reconocen expresamente este aspecto PREDKO, C., «Substantive Consolidation Involving Non-Debtors: Conceptual and Jurisdictional Difficulties in Bankruptcy», cit., p. 1750, y FLOWERS CONTI, J., «An Analytical Model for Substantive Consolidation of Bankruptcy Cases», cit., p. 857.

⁸⁴⁷ Así lo afirman GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 220 y 221: «[S]ubstantive consolidation depends almost entirely on the facts of each situation and on the presence, absence, and conflicts of the discrete factors»; KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», cit., p. 384: «The substantive consolidation decisions espouse numerous standards that are susceptible to broad variations in application»; y también la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 106: «Pese a la ausencia de una autorización legal directa o de una norma preceptiva acerca de las circunstancias en las que podrá emitirse una orden de consolidación patrimonial, la práctica judicial de algunos países ha desarrollado y ha definido los supuestos en los que procederá dictarlas. Si bien esta práctica supone un reconocimiento judicial del creciente recurso a este tipo de estructuras empresariales para fines fiscales y comerciales, las circunstancias que justificarían una orden de consolidación siguen siendo, no obstante, muy escasas. Cabe citar casos en los que la integración de las operaciones y negocios de las empresas de un grupo, a través de vínculos de control o de participación en el capital social, dificultan o hacen prácticamente imposible disociar el activo y el pasivo de cada empresa del grupo, a fin de deslindar, por ejemplo, sin un gasto en tiempo y recursos que resultaría nocivo para todos los acreedores, el patrimonio y los acreedores de cada empresa del grupo».

⁸⁴⁸ V. FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 460. También llama la atención sobre esto ASHE, G., «The corporate entity in Bankruptcy: Subordination–Consolidation–Merger», cit., p. 304: «What is certain is that the specific operative facts are bound to be given great weight in reaching a decision. For example, how vital is the question of creditor–reliance in the whole proceeding in opposition to the just claims of other creditors; what costs would be incurred in attempting to sort out the tangled financial affairs of the different entities; and even if these costs were bearable, would it be possible to reconstruct the records and arrive at a just determination of the extent of liabilities and assets of each; and, finally, would consolidation and merger actually achieve an equitable result».

⁸⁴⁹ V. WES, E. J., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach», cit., p. 721: «Although the consolidation process itself is relatively straightforward, determining whether consolidation is equitable in a given case is difficult. Unfortunately, both the case law and commentary are in utter confusion».

⁸⁵⁰ V. GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 216.

patrimonios (o la impracticabilidad de dilucidar la titularidad de los bienes, derechos y obligaciones que los integran)⁸⁵¹. El tercer enfoque presta singular atención a la existencia de fraude o abuso de las formas societarias. El cuarto enfoque se basa en la elaboración y aplicación de varios tipos de test que mezclan los tres enfoques anteriores.

II. La confusión de patrimonios (remisión)

Pese a lo que a primera vista podría parecer, la confusión de patrimonios resulta, en la práctica, un fenómeno enormemente complejo y, en la teoría, un concepto difícil de definir. Puesto que ya se ha hecho referencia a este supuesto en la primera parte del trabajo, a ella nos remitimos (v., supra, Primera Parte, capítulo I).

III. La integración económica de las sociedades pertenecientes al grupo y las expectativas de los acreedores

Tradicionalmente, y de acuerdo con los más firmes defensores de la teoría de la empresa, este es el factor que más en cuenta ha de tenerse a la hora de decidir si consolidar o no los patrimonios de varias sociedades pertenecientes a un grupo, y que se basa en la existencia de una unidad económica en el mismo. Así, deben consolidarse las masas cuando los deudores vinculados se hubiesen presentado a sí mismos como una entidad única en las transacciones empresariales⁸⁵².

La consolidación sustantiva nace de la concepción que ve en el grupo una unidad empresarial, y que defiende la responsabilidad «del grupo» en su conjunto. Sus defensores, que suelen pensar que el planteamiento tradicional (i. e., el basado en el principio de separación) está obsoleto, vienen a afirmar que, hoy en día, el análisis de las insolvencias de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo no puede comenzar y terminar con la meticulosa observancia de las formas jurídicamente separadas de las sociedades que lo conforman⁸⁵³.

⁸⁵¹ WES, E. J., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach», cit., p. 726. Estos dos grandes grupos de casos son los apuntados por las decisiones más importantes del *Second Circuit*; GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 217: «The Second Circuit ultimately noted that the respective analyses of the factors are merely efforts to determine two critical facts: (1) whether creditors dealt with the entities as a single economic unit and did not extend credit to the entities with reliance on their separate identities; and (2) whether the economic affairs of the debtors are so entangled that consolidation will benefit all creditors». Se trata además de una clasificación con bastante aceptación en la doctrina. V., también, FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 455.

⁸⁵² V. PREDKO, C., «Substantive Consolidation Involving Non-Debtors: Conceptual and Jurisdictional Difficulties in Bankruptcy», cit., pp. 1764 y BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 29.

⁸⁵³ Ciertamente, la aplicación de la consolidación sustantiva da lugar a una responsabilidad unitaria para todo el grupo. V. EIDENMÜLLER, H., «Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», cit., p. 531 y GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 218: «[S]ubstantive consolidation is more like the corporate law notion of enterprise liability». Se ha dicho también que la consolidación sustantiva procede cuando la relación entre los miembros del grupo se parece más a la relación que una persona tiene con sus miembros que a la relación entre dos particulares: «[S]ome courts

Conforme a esta doctrina, pueden aislarse dos grandes requisitos para que sea admisible la consolidación sustantiva. En primer lugar, es necesaria la integración económica de los miembros del grupo, de forma que lleven a cabo una única empresa pese a que formalmente esté integrada por entidades jurídicamente independientes⁸⁵⁴. La independencia, se afirma, es meramente nominal en estos casos.

Esta integración es precisamente la base en la cual se fundamenta el segundo requisito en esta categoría: las expectativas o la confianza de los acreedores. Ciertamente, se exige que los acreedores confiaran razonablemente y de buena fe en que estaban contratando con el grupo en su conjunto en vez de con uno de sus miembros formalmente independientes. Así, la consolidación se basa también en la tutela de la confianza y las expectativas del acreedor sobre la exacta extensión patrimonial del deudor⁸⁵⁵. Cuando los negocios de las entidades que componen el grupo se han mantenido separados y desarrollado de forma independiente y autónoma, y los acreedores únicamente confiaron en la entidad con la cual estaban contratando (sin prestar atención al grupo), entonces la consolidación sustantiva resulta improcedente.

La confianza de los acreedores en la unidad económica del grupo puede deberse a actuaciones de engaño por parte de las sociedades que lo integran (en cuyo caso habría fraude) o no (por ejemplo, en caso de absoluta pasividad tanto por parte del acreedor como por parte de los deudores: ni estos adoptaron conductas positivas para inducir a error al primero ni aquel hizo ademán de intentar descubrir la realidad societaria subyacente). También puede suceder que el acreedor supiese de la existencia del grupo, pero confiara en el respaldo de crédito (por ejemplo, en los avales del resto de miembros

have found that some subsidiaries are “mere instrumentalities” of their parent corporations, their relationship being more like that between a person and their limbs than between distinct individuals». V. BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 469. También GRAULICH, T., «Substantive Consolidation—A Post-Modern Trend», cit., p. 529: «The liberal-trend cases turn this proposition on its head and essentially adopt a corporate enterprise theory (i. e., courts can treat affiliated entities engaged in a common enterprise as if they were one company)».

⁸⁵⁴ Son varios los factores que dan cuenta de la integración económica de las sociedades pertenecientes al mismo grupo (*the economic integration of the components of the group*). Por ejemplo, la titularidad común o posición de control (Food Fair, Inc. (10 B.R.123), Vecco Construction Industries, Inc. (4 B.R. 407), Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966)), la identidad entre los administradores o el solapamiento entre ellos (Limited Gaming of America, Inc. (228 B.R. 275), Drexel Burnham Lambert Group Inc. (138 B.R. 723), Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966)), la existencia de deudas y garantías intragrupo (Drexel Burnham Lambert Group Inc (138 B.R. 723), Soviero (328 F. 2d 446), Food Fair, Inc. (10 B.R.123), Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966)) y la existencia de consolidación contable o fiscal (Food Fair, Inc. (10 B.R.123), Vecco Construction Industries, Inc. (4 B.R. 407)).

⁸⁵⁵ V. Soviero vs. Franklin National Bank, 328 F.2d 446 (2nd Cir. 1964), Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966), *In re Continental Vending Mach. Corp.*, 517 F.2d 997 (2nd Cir. 1975), *In re Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F. 2d 515, 518 (2nd. Cir. 1988) y *Drabkin v. Midland-Ross Corp.* (*In re Auto-Train Corp.*), 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987). En este sentido, VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 42 afirma que más que tutelar las expectativas de los acreedores (*the credit expectations of creditors or reliance*) habría que decir que se pretende asegurar la certeza del derecho de crédito.

del grupo), o que la ignorase (y pensara que se encontraba ante una única entidad). En todos estos casos cabría la consolidación de las masas.

El problema, como puede imaginarse, es que los acreedores no son un bloque monolítico homogéneo⁸⁵⁶. Lo más habitual, al contrario, es que entre ellos difieran el alcance y las circunstancias de la confianza en la existencia de una unidad económica con la cual contrataron. Corolario de lo anterior es la necesidad de evaluar la confianza o las expectativas de los acreedores, lo cual puede dar lugar al establecimiento de dos grandes grupos: los que confiaron en la unidad del grupo y los que confiaron en la independencia y separación formal de las entidades que lo componen.

El primer problema es cualificar y cuantificar esas expectativas. Surge, en efecto, la dificultad de hallar un criterio o un patrón aplicable a todos los casos y que no sea fácilmente manipulable. El segundo problema es el dilema que se genera cuando el peso de los intereses de ambos grupos sea el mismo. Ciertamente, en esos casos no parece que pueda optarse por defender a un grupo de acreedores en detrimento de otro. No se entiende, en efecto, por qué las expectativas de un sujeto habrían de pesar más que las de otro, especialmente si —como será habitual— se da el caso de que no se conozcan ni hayan tenido contacto entre ellos⁸⁵⁷.

IV. El fraude y el abuso de las formas societarias

Se trata del supuesto típico del levantamiento del velo: el abuso de la personalidad jurídica, de forma que una o varias sociedades no sean más que un mero instrumento al servicio de la matriz o de los socios⁸⁵⁸. En principio, el fraude se limita a supuestos en los

⁸⁵⁶ En palabras de BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 423: «Creditors, of course, are not a monolithic group. Among the various claimants, conduct will frequently differ with respect to the extent of individual reliance on the separate credit of the particular component of the group with which it was dealing».

⁸⁵⁷ V., al respecto, WES, E. J., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach», cit., pp. 727 a 730.

⁸⁵⁸ Contempla estos dos aspectos expresamente la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 108: «La consolidación patrimonial estaría justificada en supuestos en los que no exista una separación real entre las empresas del grupo y en los que la estructura de grupo se mantenga para fines deshonestos o fraudulentos». V., también, ASHE, G., «The corporate entity in Bankruptcy: Subordination-Consolidation-Merger», cit., p. 292: «Ofttimes bankruptcy courts will disregard the fiction of corporate entity purely as a matter of convenience whenever it is apparent that illegal, unjust or fraudulent practices existed which were designed to defraud creditors, or where there were indicia of other activities that contributed to the events resulting in the bankruptcy, arrangement or reorganization proceedings».

Téngase en cuenta, en todo caso, que, en los grupos, la existencia de fraude que pueda derivar en responsabilidad no ocurre en todos los casos, sino que es algo excepcional. V., en este sentido, GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 29, donde, al hilo de la inadmisibilidad de una responsabilidad global dentro del grupo, afirma que: «una responsabilidad de todas las sociedades del grupo implica desconocer lo que este significa. Dentro de la unidad empresarial que se configura (*Einheit in Trennung*), que es legítima, existe una diferenciación entre los bienes que pertenecen a cada sociedad integrada y, al mismo tiempo, también entre sus deudas. En este sentido, es evidente que las deudas de una sociedad no son las de otra [...]. [L]a separación del patrimonio, así como la diversificación del riesgo, no está prohibida, ni, por regla general, se puede considerar abusiva.

que los administradores de alguna o varias sociedades del grupo han actuado positivamente de cara a inducir a error acerca de la estructura corporativa o de la titularidad de los activos de la sociedad⁸⁵⁹.

Es criticable que el presupuesto clásico que justifica el levantamiento del velo (el abuso o fraude) se tome en consideración para decretar la consolidación sustantiva⁸⁶⁰, porque los fines de cada mecanismo son distintos (v., supra, capítulo XII). Obrar así equivale a considerar la consolidación sustantiva como un instrumento válido para prevenir fraudes, en vez de como un remedio típico de la insolvencia para asegurar y conseguir una distribución de los activos más equitativa entre los acreedores⁸⁶¹.

V. La determinación de las condiciones de aplicabilidad de la consolidación sustantiva: el (ab)uso de criterios de oportunidad

El otro enfoque (y también el más reciente) que ha surgido para determinar la procedencia o improcedencia de la consolidación patrimonial se basa en la realización de diversos test. Estos pueden ser de dos tipos: en primer lugar, pueden consistir en la realización de un análisis coste-beneficio respecto de las ventajas e inconvenientes de la

Así, la actuación consistente en dividir los riesgos a través de la creación de unidades jurídicas diferentes es “legítima”, ya que es conveniente evitar que el riesgo de una actividad pueda afectar a otra, pues con ello se impide, como metafóricamente se ha resaltado, “...que se propague el fuego de una casa a la superficie de toda la ciudad”. De tal manera, su simple existencia no puede hacer responsable a la matriz de las deudas de sus filiales. El efecto que tendría esta comunicación de la responsabilidad sería la ilicitud del grupo y su abandono por los sectores empresariales que han optado por la empresa de grupo para configurar su actividad económica. Por otro lado, la idea de la responsabilidad global responde a una visión patológica de la empresa de grupo. No solo es que no responda a la realidad, sino que, como tal patología, no se puede generalizar, sino determinar y delimitar sus efectos, ya que de otra manera acabaríamos no solo con la patología, sino también —y esto es lo más grave— causaríamos un perjuicio insalvable al modelo preferido en el tráfico negocial por los operadores económicos para articular su actividad empresarial».

⁸⁵⁹ La CNUDMI también ha dado su propia definición del fraude que justifica la consolidación de las masas: no se trata de la concurrencia de operaciones fraudulentas en el día a día de la actividad de las entidades, sino, más bien, la completa falta de un propósito empresarial legítimo (por ejemplo, en cuanto a los motivos que fundamentaron la creación de las sociedades o las actividades que estas desarrollan). V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 114: «En cuanto al tipo de fraude aquí contemplado no es el que tal vez ocurra en el curso normal de un negocio, sino la ausencia de una finalidad comercial legítima que justifique la existencia de una empresa o que justifique la actividad comercial a la que se dedique (véase el § 97 e) supra). Cabe citar el caso de una empresa deudora que transfiera la cuasi totalidad de su activo a una empresa recién formada o a otras empresas que le pertenezcan, con miras a conservarla en provecho propio y así obstaculizar, retrasar y defraudar a sus acreedores, la denominada simulación o la pirámide de Ponzi y otras prácticas fraudulentas similares».

⁸⁶⁰ Una exhaustiva recopilación de *case-law* puede encontrarse en KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», cit., pp. 438 y ss., notas 293 a 298. Por todas, citaremos aquí el asunto *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060 (2nd Cir. 1970).

⁸⁶¹ V. BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 433. Este autor es muy crítico con el traslado que se ha hecho de los presupuestos de la doctrina del levantamiento del velo a la consolidación sustantiva. Opina lo mismo KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», cit., p. 440: «The intentional use of the corporation to evade specific obligations does not justify consolidation».

consolidación (son los denominados *balancing tests*). En segundo lugar, pueden fundamentarse en la constatación de la concurrencia de una serie de factores que se consideran indiciarios de la admisibilidad de la consolidación (son los llamados *factor tests*).

1. Los *balancing tests*

Habida cuenta de que los efectos de la consolidación son ciertamente radicales, y sus requisitos de aplicabilidad flexibles y difíciles de acreditar, algunos tribunales emplean los factores que pueden llevar a la consolidación (la unidad económica de los deudores y la confianza de los acreedores en la misma, la confusión patrimonial o contable, el fraude, etc.) para realizar un test «de ponderación» (*a balancing test*). Se comparan o sopesan los argumentos a favor de la consolidación con los argumentos en contra de la misma, y solo se decretará si los beneficios que se esperan que reporte superan y compensan el daño que causará a los acreedores (o a algunos de ellos)⁸⁶².

Pueden aislarse tres grandes test de entre los seguidos por la jurisprudencia estadounidense para determinar las condiciones de aplicabilidad de la consolidación sustantiva. Todos ellos siguen el mismo patrón: se trata de efectuar un análisis coste-beneficio para decidir si la consolidación resuelve más problemas de los que crea.

El primero es el test *Auto-Train*⁸⁶³. Este primer test se articula en tres partes. En primer lugar, se requiere probar la «identidad sustancial» (*substantial identity*) entre las entidades que se pretenden consolidar. En segundo lugar, ha de comprobarse que la consolidación es necesaria para impedir un perjuicio o generar un beneficio; y en tercer lugar, si los acreedores oponentes logran probar que confiaron razonablemente en el patrimonio de la sociedad con la cual contrataron y que sufrirían un perjuicio a causa de la consolidación, entonces el juez solo podrá decretar la consolidación si se comprueba que los beneficios de la consolidación superan claramente el perjuicio causado por la misma. Así, únicamente procedería la consolidación cuando sociedades jurídicamente independientes abusasen de la forma societaria, operando en el tráfico como una única entidad. Adicionalmente, debería demostrarse que la consolidación sustancial repararía un daño causado por esta conducta abusiva, o reportaría beneficios para la totalidad de los acreedores. Finalmente, habría de examinarse si deriva algún perjuicio de la consolidación y cómo podría protegerse a los acreedores que confiaron de buena fe en la separación de responsabilidad entre las distintas entidades. Se trata de un test objetivo, ya que se funda básicamente en el comportamiento razonable del acreedor medio y pretende determinar las expectativas objetivas de los acreedores. Sin embargo, implica no

⁸⁶² V. GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 217; BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 26; MACKINNON, J., «Substantive Consolidation: The Back Door to Involuntary Bankruptcy», cit., p. 211 y KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», cit., p. 402.

También hace referencia a este modo de proceder la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 112.

⁸⁶³ V. *Drabkin vs. Midland-Ross Corp. (In re Auto-Train Corp.)*, 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987).

pocos inconvenientes. En efecto, han de acreditarse hechos calificados con adverbios o con conceptos de textura abierta: «sustancial», «razonablemente», «claramente», etc., con las dificultades que ello implica⁸⁶⁴.

El segundo test es el *Augie/Restivo*⁸⁶⁵. Establece que hay dos circunstancias que pueden permitir la consolidación: o bien los acreedores contrataron con las diversas sociedades como si fuesen una única unidad económica y no como entidades separadas, o bien los negocios de los diversos deudores están tan entremezclados que la consolidación beneficia a todos los acreedores. Aquí lo que prima es la condición psicológica subjetiva de cada acreedor (i. e., las expectativas) en el momento de la contratación con el deudor. Esto conlleva obvias dificultades de prueba y, en última instancia, hay que basarse en indicios⁸⁶⁶.

En tercer lugar está el test *Owens Corning*⁸⁶⁷, conforme al cual los proponentes de la consolidación tienen que demostrar una de las dos circunstancias siguientes: (i) o bien que, antes de la apertura del concurso, los deudores ignoraron sus personalidades jurídicas separadas de forma tan significativa que los acreedores confiaron en la difuminación de los límites de las mismas y trataron a los diversos deudores como una única entidad; (ii) o bien que, después de la apertura de los concursos, los activos y pasivos de las sociedades del grupo estaban tan entremezclados que deshacer la confusión y asignarlos a un deudor en concreto resultaba prohibitivo y perjudicaba a todos los acreedores. En el primer supuesto se hace un test objetivo-subjetivo (un híbrido de los dos test anteriores: objetivo porque debe acreditarse que la confianza fue razonable, y subjetivo porque hay que probar la susodicha confianza como estado psicológico del acreedor). El segundo supuesto, en cambio, es más estricto: no basta con que la separación de los patrimonios no pueda hacerse a la perfección, sino que no debe poder hacerse en absoluto y tampoco basta con que se prevean errores en la asignación de patrimonios⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ Este es el test por el que optan AMERA, S. D., y KOLOD, A., «Substantive consolidation: Getting back to basics», cit., p. 2: «[T]he goal of substantive consolidation analysis is to make three determinations: (a) whether technically separate corporate entities abused the corporate form and, in fact, comprise a single business operation, (b) whether consolidation will remedy a harm caused by such conduct or benefit the collective creditor body, and (c) whether any prejudice will result from consolidation and how best to protect the interests of creditors that innocently relied on corporate separateness». V., también BAIRD, D. G., «Substantive Consolidation Today», cit., p. 8. Una crítica a los tests objetivos puede encontrarse en BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., pp. 497 y 498.

⁸⁶⁵ *In re Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 519.

⁸⁶⁶ Los problemas fundamentales de los tests subjetivos los resume BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., pp. 498 y 499.

⁸⁶⁷ *In re Owens Corning Corp.*, 419 F.3d 195 (3rd Cir. 2005).

⁸⁶⁸ Se ha criticado este test porque dificulta la decisión de los tribunales de decretar consolidación sustantiva incluso en los casos donde puede ser la solución más equitativa. V. BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 501 y BAIRD, D. G., «Substantive Consolidation Today», cit., p. 13.

2. Los *factor tests*

La proliferación de este segundo tipo de test es tal, que casi podría afirmarse que existe uno para cada caso concreto⁸⁶⁹. Se asemejan a un «cajón de sastre» donde cada órgano jurisdiccional, en función de las circunstancias concurrentes, configura a su antojo los factores que determinan la conveniencia de consolidar los patrimonios de varios deudores. Por ejemplo, uno de los *factor tests* más empleados, el de *Vecco*⁸⁷⁰, establece que la consolidación procede cuando se dan los siguientes factores: fraude de acreedores, acreedores de buena fe que han confiado en la existencia del grupo en su conjunto, confusión de patrimonios o contable, importante descapitalización de una o varias sociedades, mayores posibilidades de reorganización en caso de consolidación o, de modo general, cuando favorezca a los acreedores. Téngase en cuenta que no es necesario que se den todos estos factores y, a la inversa, que el hecho de que se den varios de ellos no ha de conducir inexorablemente a la consolidación sustantiva. La unificación de los patrimonios es, así, algo que se decide caso por caso, en atención a las circunstancias concretas.

3. Crítica

Actualmente, ninguno de estos dos tipos de test ha sido universalmente adoptado como el mejor método de promover la aplicación de la consolidación de patrimonios de forma consistente y equitativa⁸⁷¹. Estos test poco tienen que ver con las primeras decisiones del *Second Circuit* que abrieron la puerta a la consolidación sustantiva. En muchos casos, los tribunales han sostenido que ni el fraude ni la confusión de patrimonios son necesarios para decretar la consolidación sustantiva. Simplemente se sopesan los beneficios y los inconvenientes de la consolidación y se adopta una decisión en cuanto a la conveniencia de la misma. Se está avanzando así hacia la liberalización del empleo de este recurso tan excepcional⁸⁷². La tendencia, en efecto, muestra que la consolidación ha pasado de tener

⁸⁶⁹ También hace alusión a ellos la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 113.

⁸⁷⁰ *In re Vecco Constr. Indus.*, 4 B. R. 407 (Bankr. E. D. Va. 1980). Los factores son: «(1) the presence or absence of consolidated balance sheets; (2) the unity of interests and ownership between the various entities; (3) the existence of parent and intercorporate guaranties on loans; (4) the degree of difficulty in segregating and ascertaining individual assets and liabilities; (5) the transfers of assets without formal observance of corporate formalities; (6) the commingling of assets and business functions; (7) the profitability of consolidation at a single physical location». Son los siete elementos que supuestamente se han de tener como estándar para determinar si la consolidación es apropiada. Así lo recuerda, tras analizar la jurisprudencia anterior, SCHUPP, R., «Substantive Consolidation: the Evolution and Use of an Equitable Power», cit., p. 429. También, HIGHTOWER, J., «The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy», cit., p. 473.

⁸⁷¹ V. BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 470.

⁸⁷² Advierte de esta tendencia, entre otros, FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», cit., p. 456, en concreto la nota 29 y las resoluciones que allí se citan.

requisitos estrictos y ser la excepción, a ser un mecanismo de uso habitual. Esto se debe, seguramente, a la ampliación de los supuestos en los cuales se la entendía justificada.

La vacilación de los criterios no sorprende, si se recuerdan las semejanzas que existen entre la consolidación sustantiva y el levantamiento del velo, donde también los criterios de aplicación tienden a difuminarse⁸⁷³. Ahora bien, el hecho de que no exista un criterio uniforme y unívoco para decidir sobre la admisibilidad de la consolidación no solo coadyuva a incrementar la inseguridad jurídica (y los perniciosos efectos que esta tiene sobre el mercado de crédito), sino que dificulta en grado sumo la aplicación de la medida⁸⁷⁴. Cuanto más complejos sean los criterios a implementar, más costosa temporal y económicamente será la decisión sobre la consolidación, y mayor litigiosidad se generará. Por otro lado, es cierto que el establecimiento de criterios flexibles, aunque resta seguridad, permite adaptarse fácilmente a nuevas situaciones y da un margen de actuación más amplio tanto al juez del concurso como a la administración concursal.

⁸⁷³ En palabras de ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», cit., pp. 464 y 465: «En algunos casos, la tutela de los acreedores se ha tratado de conseguir mediante el “levantamiento del velo” de la sociedad dominante. Tras un largo período de respeto casi absoluto del dogma de la personalidad jurídica, los Jueces y Magistrados españoles —primero del orden jurisdiccional laboral y después del orden jurisdiccional civil— recurren (quizá con demasiada frecuencia y con razonamientos que, en ocasiones, son manifiestamente insuficientes) a la “fórmula mágica” del “levantamiento del velo”, intentando por esta vía satisfacer precisas o imprecisas necesidades de justicia material. Es difícil identificar líneas precisas de actuación jurisprudencial que sean específicas de los grupos de sociedades. A veces es la mera titularidad de la totalidad de las acciones o participaciones sociales de la sociedad dominada el argumento utilizado para el desconocimiento de la personalidad jurídica autónoma de esta última. En otras ocasiones, se atiende a la identidad de intereses entre dominante y dominada. Y no faltan algunos casos en los que, con o sin “levantamiento del velo”, la utilización del nombre del grupo por cualquiera de las sociedades pertenecientes a dicho grupo —o del mismo nombre que otra sociedad, de distinta nacionalidad, perteneciente al mismo grupo— se toma como criterio de imputación de responsabilidad». También GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, cit., p. 77, sobre el levantamiento del velo afirma que existen casos en los que se produce un funcionamiento desviado o patológico de las instituciones societarias. El levantamiento del velo es un mecanismo insatisfactorio. Se ha extendido para resolver cuestiones de diverso carácter. Es un cajón de sastre donde se han subsumido diversos criterios o supuestos en los cuales se relativiza el entity approach. En España se abusa de esto, lo cual hace que se vicie la excepcionalidad del instrumento. Se ha generalizado su aplicación sin una fundamentación jurídica suficiente y adecuada. En cuestiones de grupos, no puede aplicarse de forma automática. Otro problema es la opacidad valorativa que existe a la hora de enjuiciar la aplicación del levantamiento del velo.

⁸⁷⁴ Llama la atención sobre este aspecto FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, cit., p. 491, quien afirma, al respecto de la consolidación sustantiva, que «[l]os presupuestos que se barajan con objeto de su aplicación son muy heterogéneos, si bien, casi todos ellos evocan criterios similares a los ya estudiados en las decisiones judiciales que procedían a levantar el velo societario [...]. Desafortunadamente, de forma similar a como ha ocurrido en algunos casos respecto a la doctrina del levantamiento del velo, estas cuatro sentencias abrieron el camino hacia una expansión “dramática” de la aplicación de la doctrina de la consolidación sustantiva en el contexto de los grupos de sociedades. Y es que, al igual que ocurrió con la doctrina del levantamiento del velo, la consolidación sustancial ha evolucionado hacia una cierta “objetivización”, procediendo a ser aplicada en muchos casos ante la mera constatación de la existencia de un grupo de sociedades (en definitiva, la aplicación de los principios de la *enterprise law doctrine*) [...]. Actualmente se puede decir que la jurisprudencia estadounidense es bastante heterogénea en lo que se refiere a la aplicación de esta institución en sede de grupos». V., también, KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», cit., p. 384: «Unfortunately, it is virtually impossible to predict when related entities will be consolidated».

VI. Conclusiones preliminares

La Ley Concursal solo prevé de forma expresa la consolidación de las masas en un único supuesto: cuando los deudores tengan los patrimonios confundidos y «no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados». Sin perjuicio de lo que ya se ha dicho en cuanto a las dificultades de acotar este supuesto, surge la duda de si sería posible extender la consolidación de masas a otros supuestos distintos, de forma análoga a lo que se viene haciendo en los Estados Unidos. El caso que más dudas genera es, como puede imaginarse, el de los grupos de sociedades⁸⁷⁵, especialmente ahora que algunas resoluciones avanzan tímidamente en este sentido⁸⁷⁶.

La cuestión es sumamente polémica y delicada. Por un lado, existen obstáculos teóricos de gran calado a la hora de admitir la consolidación de las masas de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo sobre la base de que funcionan como una única empresa. Esta postura supone la máxima tutela de las expectativas de los acreedores que contratan con una sociedad confiando en el respaldo patrimonial conjunto del grupo al cual pertenece. Tomando el ejemplo que pone PAULUS, se trataría de determinar si, a la hora de contratar con la sociedad *Parmalat GmbH*, los acreedores atienden más a que esta sea una *GmbH* o a que su denominación social revele que se trata de una sociedad del grupo *Parmalat*. Aunque PAULUS defiende lo segundo⁸⁷⁷, esta postura no está exenta de crítica, pues adopta sin más la perspectiva del agente económico (el acreedor, proveedor, cliente, etc.), que puede representarse el patrimonio que responderá de la correspondiente obligación de una forma (por ejemplo, otorgando más importancia al hecho de que la sociedad pertenezca al grupo *Parmalat* que al tipo social de esta) o al revés. Sin embargo, no debe adoptarse sin más la perspectiva de ese agente, sino la del jurista. Las representaciones que uno y otro se hacen del patrimonio responsable serán a menudo diametralmente opuestas. Las expectativas de los acreedores son un factor demasiado subjetivo —y difícil de acreditar— como para que puedan determinar por sí

⁸⁷⁵ Tradicionalmente, no se ha decretado la consolidación en casos de grupos ni siquiera cuando mediaba confusión patrimonial. V., al respecto, ROJO, A., «Los grupos de sociedades en el Derecho español», cit., p. 482: «En algunos casos aislados de confusión de patrimonios, los jueces españoles han acordado la tramitación de un solo procedimiento de situaciones concursales que afectaban a dos o más deudores personas físicas. No suele acontecer así cuando la condición de deudora corresponde a dos o más sociedades pertenecientes al mismo grupo: las suspensiones de pagos y las quiebras [...] se tramitan separadamente».

⁸⁷⁶ V. SAP Barcelona [15.ª] 28.6.2011 y AJM 3 Barcelona 15.2.2013.

⁸⁷⁷ V. PAULUS, C., «Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», cit., p. 1951. Un ejemplo similar lo pone BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», cit., p. 471: «Suppose a person searching for a new automobile logs onto the Ford Motor Company's website. That person would be offered a choice between eight different automobile brand names. That same person could also decide to purchase one of the listed automobiles of a certain brand and proceed to obtain financing from one of the links provided on that website. These options and services are the result of the cooperation of many different legal entities, including a multitude of subsidiaries». V., también, EMMERICH, V.; SONNENSCHNEIN, J., y HABERSACK, M., *Konzernrecht*, cit., p. 287.

mismas la aplicación de una medida tan drástica como la consolidación de las masas. Ahora bien, esto no debería obstar para que pudiera emplearse como complemento de otros factores, como el abuso de las formas societarias y la confusión de patrimonios⁸⁷⁸. El problema de este planteamiento radica en la confección de criterios claros y objetivos que permitan a los órganos jurisdiccionales determinar con seguridad cuándo debe acordarse la consolidación⁸⁷⁹. Deben evitarse los preceptos demasiado generales, que no solo restarán certeza y previsibilidad en las decisiones judiciales, sino que podrían ser el caldo de cultivo de una sobreabundancia de criterios, plasmados en variopintas resoluciones judiciales, relativos a las concretas circunstancias que permiten la consolidación (como ha sucedido al otro lado del Atlántico).

Además, si no se quiere abolir la limitación de la responsabilidad a través del Derecho concursal, y mientras sea cada sociedad individualmente considerada la destinataria de derechos y deberes, estará vetada la idea de elaborar un Derecho concursal específico para el grupo como unidad⁸⁸⁰. Carece de órganos propios que lo dirijan, no tiene patrimonio propio, no es un empresario y no tiene sus propios deudores y acreedores. El grupo, insistimos, se compone de dos o más sociedades formalmente separadas e independientes, que comparten, eso sí, una dirección única. Ahora bien, el hecho de que el grupo carezca de personalidad jurídica no implica que no sea una forma organizativa empresarial, en tanto que fenómeno económico. Por eso, el adecuado tratamiento debe

⁸⁷⁸ Así lo recomienda MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», cit., p. 184: «It seems that a factor such as certain creditors' subjective beliefs and their reliance on a single unit should not be decisive or sufficient in deciding on such a drastic tool. On the other hand, a consideration of the extent of economic integration (and thus the cost-efficiency of applying a pooling mechanism) could serve as a reliable and unswerving factor in deciding about pooling orders. Nevertheless, the consideration of creditors' beliefs may still serve two different functions: (1) to reinforce the argument in favour of pooling when the objective test suggests the same; and (2) to reveal a situation where the group actually misled to think that they would be able to recover from a financially stronger entity». Son los únicos supuestos en los que la CNUDMI recomienda la consolidación de masas en dos casos: la confusión de patrimonios y el abuso de las formas societarias. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, recomendación n.º 220.

⁸⁷⁹ En palabras de MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», cit., p. 184 y ss.: «[W]e need to design tests that will guide the insolvency courts when they need to decide on using any linking mechanisms. General provisions that give very wide discretion to courts with no accompanying guidance will be prone to differences in interpretation [...]. Thus, any proposed linking mechanism should be accompanied by clear and well-specified tests to assess its appropriateness, using typical examples, in order to promote certainty and clarity in judicial outcomes [...]. [W]e should be cautious not to end up with too many options, which will defeat certainty and predictability [...]. Most importantly, the more the tests for determining the specific tool that should be applied are objective and based on economic realities, the more the conclusion of the case will produce similar and consistent results [...]. Ultimately, creditors will be able to assess what means could be applied in the case of a particular corporate group failure». Y continúa «The critical questions here are when exactly to apply such a mechanism (or when is it truly needed) and what the suitable tests for its implementation should be. Another essential step to take here is to provide a test that is well defined (and as objective as possible) for determining whether a pooling order should be applied».

⁸⁸⁰ V. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 547. Y también MÜLBERT, P., «Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht», *ZHR*, núm. 163 (1999), p. 21.

pasar por el análisis de la conveniencia de la consolidación basado en el interés de los concursos cuya consolidación se pretende⁸⁸¹.

⁸⁸¹ Es, en definitiva, lo que se decanta de la doctrina de PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», cit., pp. 819 a 830. Se pregunta si se debe restringir el uso de este mecanismo a los casos de fuerza mayor («only when [...] the assets of the group members are so confused that the estates cannot be kept separate. One could call such a situation a kind of *force majeure*; factual obstacles impede compliance with the legal attribution of each individual right and duty to each individual legal entity») o bien si debería avanzarse y extender esta medida (aunque siempre, añade, con precaución). Y dice que esta pregunta solo tiene sentido «only where and if there are advantages of consolidation over the mere procedural aggregation of the separate proceedings». La respuesta es positiva (está a favor de extender la consolidación) «because of increased efficiency which has supra has been described as driving force behind the modernization of insolvency law». Dentro de dicho interés también podrá tener cabida, siempre que sea compatible con la mayor satisfacción de los acreedores, consecución de una reorganización óptima: «[t]herefore, suffice it to conclude that it is possible to extend the concept of substantive consolidation in reorganization proceedings beyond the confusion of assets and estates».

CAPÍTULO XV. EL PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR LA CONSOLIDACIÓN DE LAS MASAS

La Ley Concursal guarda absoluto silencio en cuanto al procedimiento que debe seguirse para decretar la consolidación de las masas, motivo por el cual resulta necesario reconstruir ese régimen. Al no contar apenas con precedentes jurisdiccionales, la reconstrucción que aquí se propone está inspirada en los principios generales que deben regir los procedimientos concursales, así como en las conclusiones extraídas en la presente investigación referentes al procedimiento para acordar la acumulación (v., Segunda Parte, II).

I. Competencia judicial y consolidación de las masas

La competencia para decretar la consolidación patrimonial pertenece al juez del concurso, ya que se trata de una medida con indudable trascendencia patrimonial dirigida contra los patrimonios de los deudores conexos en concurso (art. 8.1.º LC)⁸⁸². Ningún problema existirá si los concursos cuyas masas se pretenden consolidar han sido acumulados (inicial o posteriormente), dado que, entonces, el juez competente para conocer de todos ellos será el mismo. Sin embargo, cuando los concursos no se hayan acumulado, deberá instarse, con carácter previo o simultáneo a la solicitud de consolidación, la acumulación de los mismos. La concentración de las competencias judiciales en un mismo órgano jurisdiccional aparece así como una *conditio sine qua non* para la consolidación de las masas.

II. La legitimación activa para solicitar la consolidación de las masas

Una vez aclarado que la competencia para decretar la consolidación es competencia exclusiva del juez de lo mercantil que conozca de los concursos cuyas masas pretenden consolidarse, debe determinarse, ante el silencio de la Ley Concursal, a quién alcanza la legitimación activa para solicitar esta medida.

Por analogía con lo establecido en la segunda parte de este trabajo (referida a la acumulación de concursos como mecanismo genuino de coordinación procedimental), y conforme a las recomendaciones de la CNUDMI, parece que pueden solicitar la consolidación cualquiera de los deudores conexos involucrados, cualquiera de los acreedores y cualquiera de las administraciones concursales (en el caso de que haya varias en lugar de una administración concursal común)⁸⁸³. Ahora bien, al igual que sucede en

⁸⁸² En idéntico sentido v. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 137.

⁸⁸³ Silencio que, además, contraviene las recomendaciones de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, que, bajo la rúbrica «Personas legitimadas para presentar una solicitud», afirma en § 115: «El régimen de la insolvencia debería resolver la cuestión de la legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación. Para saber quién estará legitimado para presentar una solicitud, tal vez proceda seguir el enfoque adoptado en la recomendación 14 respecto de la parte habilitada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Tratándose de grupos de empresas, debería estar legitimada

el caso de la mera acumulación de concursos, y con más razón si cabe⁸⁸⁴, debería, siempre que la solicitud no provenga de la administración concursal, recabarse la opinión de esta, por el idóneo posicionamiento orgánico que tiene para valorar la conveniencia de la medida.

En el caso de que sea la administración concursal quien solicite la consolidación, deberá, naturalmente, hacerlo mediante escrito razonado donde se detallen las circunstancias que así lo aconsejen y los beneficios y perjuicios que la medida pueda reportar (por ejemplo, el coste estimado de un peritaje destinado a delimitar los patrimonios confundidos, la discriminación de un grupo de acreedores, etc.), argumentándolos en términos de los intereses de los diversos concursos. También se debería puntualizar y justificar el tipo de consolidación que se solicita (total, parcial, etc.).

Respecto a si resulta admisible la consolidación de oficio, la respuesta debería ser afirmativa —por analogía con lo establecido para la acumulación posterior de concursos—. Sin embargo, la gravedad de la medida y los considerables efectos que puede tener sobre los interesados recomiendan que no sea así⁸⁸⁵.

III. Temporaneidad de la medida

De nuevo, la Ley Concursal no dice nada al respecto. En cuanto a si cabe solicitarla conjuntamente con la declaración conjunta de concurso, surge el problema de que, en un estadio tan temprano de los procedimientos (cuando ni siquiera la administración concursal ha tomado posesión del cargo), resultará casi imposible determinar la concurrencia de los requisitos para que proceda la consolidación, al contarse únicamente con la información proporcionada por los deudores en las respectivas solicitudes (en el caso de que se trate de concursos voluntarios; si son necesarios, ni siquiera eso). Dicho esto, lo cierto es que la solución óptima consistiría en que el juez decretase la consolidación de las masas en el mismo auto donde se declaran los respectivos concursos conexos.

Por coherencia, cuando la acumulación se produzca en un momento posterior (al amparo del art. 25 bis LC), también debería ser posible que el juez, en el mismo auto donde acuerda la acumulación, resuelva sobre la consolidación de las masas.

cualquier empresa interesada del grupo o acreedor de dicha empresa. Debería admitirse también la solicitud presentada por el representante de la insolvencia de cualquier empresa del grupo, dado que el representante será a menudo la persona que disponga de más información acerca de otras empresas del grupo, por lo que podrá juzgar acerca de la conveniencia de solicitar la consolidación patrimonial». V., también, la recomendación n.º 223: «El régimen de la insolvencia debería indicar cuáles son las personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial, entre las que podrán figurar toda empresa del grupo y un acreedor o el representante de la insolvencia de tal empresa».

⁸⁸⁴ No puede ser que lo que se exige para lo menos (la coordinación procedimental) no se exija para lo más (la consolidación de las masas).

⁸⁸⁵ La CNUDMI también opta por denegar la legitimación de oficio del órgano jurisdiccional. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 116.

En cuanto a si existe un momento preclusivo para solicitar o decretar la consolidación, es preferible no establecer ninguno en aras de la flexibilidad en la tramitación de los procedimientos (piénsese, por ejemplo, que las circunstancias que justificarían la consolidación no sean conocidas hasta un momento avanzado de los mismos). Sin embargo, raro será el caso en el que, en el momento de la presentación del informe de la administración concursal, no se conozcan ya esas circunstancias⁸⁸⁶. De igual forma, tampoco tendría sentido acordar la consolidación una vez finalizada la fase común (cuya finalidad, como se sabe, es la formación las masas activa y pasiva), puesto que la consolidación incide, directa y primordialmente, sobre la configuración de las mismas. Sin duda, empero, a medida que avancen los procedimientos, la consolidación de las masas dejará, paulatina e irreversiblemente, de tener sentido⁸⁸⁷.

Otro aspecto no abordado ni por la Ley Concursal ni por las escasas resoluciones que han tratado la materia es el posible efecto retroactivo de la consolidación, de forma que, cuando esta se acuerde una vez declarados los concursos, puedan retrotraerse los efectos al momento de la declaración de aquellos. En apoyo de dicha retroacción está la conveniencia, ya apuntada, de que la consolidación se acuerde en un estadio temprano de los procedimientos⁸⁸⁸. Sin embargo, será difícil que las circunstancias que aconsejan la

⁸⁸⁶ Así lo señala ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», cit., p. 52, quien señala que no parece que pueda decretarse después del informe de la administración concursal. Y admite que puede acordarse: (i) ab initio, (ii) con acumulación, (iii) en otro momento, previa presentación de un escrito por parte de la administración concursal solicitante.

⁸⁸⁷ Esta postura es, precisamente, la de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, § 117: «Dado que los factores que pueden justificar la consolidación patrimonial no son siempre evidentes o seguros al declararse abierto un procedimiento de insolvencia, sería aconsejable que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible con respecto a la cuestión de la oportunidad de la solicitud de consolidación patrimonial, permitiendo que dicha solicitud sea hecha al presentarse la solicitud de apertura del procedimiento o en todo momento ulterior de un procedimiento ya abierto. Cabe observar, no obstante, que la oportunidad de presentar una solicitud de consolidación puede verse limitada en la práctica, una vez abierto un procedimiento, por todo avance en la administración del procedimiento, como pudiera ser la puesta en práctica de un plan de reorganización. Cabe también que se hayan resuelto ya ciertas cuestiones clave concernientes a la venta y enajenación de los bienes, o a la presentación y la admisión de los créditos, o que se hayan adoptado y ejecutado decisiones respecto de alguna empresa del grupo. Todo ello hace que resulte difícil, en la práctica, consolidar procedimientos parcialmente administrados. De optarse, pese a todo, por la consolidación patrimonial, la orden que se dicte deberá tener en cuenta el estado en que se hallen los procedimientos abiertos, consolidando las actuaciones en curso, pero preservando todo derecho adquirido. Cabría, por ello, declarar que todo crédito ya admitido frente a una empresa del grupo será tenido por admitido frente a la masa patrimonial consolidada». Y recomendación n.º 222: «El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá presentarse una solicitud de consolidación patrimonial al solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto a empresas del grupo o en cualquier momento ulterior».

⁸⁸⁸ En los Estados Unidos existen precedentes en los cuales se ha consolidado con efectos retroactivos al momento de la declaración de los concursos. V., el caso *Kroh Bros. Development* 117 B.R. 499 y, especialmente, *Drabkin vs. Midland-Ross Corp.* (In re *Auto-Train Corp.*), 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987), donde se establece el criterio conforme al cual debe decidirse en cuanto a la retroactividad o no de la consolidación: «a court should enter a consolidation order *nunc pro tunc* only when it is satisfied that the use of *nunc pro tunc* yields benefits greater than the harm it inflicts». Esto es, un tribunal debe conceder el efecto retroactivo a la orden de consolidación solo cuando esta regla conlleve un beneficio mayor que el daño que pueda implicar.

consolidación se conozcan desde el momento de la presentación de la solicitud de declaración de los respectivos concursos. En esos casos, cuando la consolidación solo pueda ser decretada en un estadio no inicial de los concursos, debería reconocerse su efectividad con carácter retroactivo, sin que ello obste para el mantenimiento de las medidas que ya hubiesen sido adoptadas, siempre y cuando no sean incompatibles con la consolidación. Por ejemplo, las acciones rescisorias intragrupo carecerán de sentido al unificarse las masas, así que su tramitación devendrá inútil.

IV. Publicidad del acuerdo

Los singulares y radicales efectos que comporta la consolidación de masas justifican que deba dársele la misma publicidad que a la propia declaración de concurso. Si la consolidación se acuerda en el propio auto de declaración conjunta, debería ser uno de los extremos indispensables a incluir en la publicación «urgente y gratuita» en el BOE (art. 23.1-II LC)⁸⁸⁹, dado que, si bien no afecta a la identificación de los deudores, sí que afecta a la determinación del patrimonio (común) con el que deben responder conjuntamente.

Si la consolidación se acuerda en un momento posterior y no se le da publicidad alguna, existe el riesgo de que los acreedores no personados de cualquiera de los concursos no tengan noticia de la medida y queden en una clara situación de indefensión⁸⁹⁰. Por eso, el juez competente debería acordar la publicidad complementaria que estime conveniente.

V. La revocación del acuerdo

Al igual que sucede con la posibilidad de «desacumular» los concursos acumulados (v., supra, Segunda Parte, III), resulta problemática la admisibilidad de «desconsolidar» las masas de los concursos conexos, esto es, no es sencillo dilucidar si cabe revocar o dejar sin efecto la resolución que acuerda la consolidación.

Es cierto que, en principio, debería dejarse la puerta abierta a la desconsolidación, dado que pueden darse cambios en las circunstancias o disponerse súbitamente de nueva información relevante que aconsejen modificar (en el sentido de «deshacer») la consolidación. El problema consiste en que el principio de conservación de los actos procesales y la seguridad jurídica determinan que no siempre sea posible (ni deseable) la reversibilidad de una orden de consolidación. En cualquier caso, la «desconsolidación» no

⁸⁸⁹ V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, bajo la rúbrica «Notificación que ha de darse a los acreedores», § 126 y recomendación n.º 231.

⁸⁹⁰ La CNUDMI habla de notificárselo a las administraciones concursales de los deudores consolidados («Cuando la consolidación sea solicitada por los acreedores estando ya abiertos los procedimientos, tal vez proceda que se dé aviso de la solicitud de consolidación a los representantes de la insolvencia de las empresas que vayan a ser consolidadas. Los avisos deberán darse por una vía eficaz y oportuna conforme a lo prescrito por el derecho interno»). Sin embargo, ya tendrán conocimiento de que se está valorando la medida porque, conforme a la interpretación que aquí se realiza, deberán dar su opinión al respecto. V. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 128.

debería incidir en los intereses ya afectados por la orden inicial de consolidación (por ejemplo, en los derechos dimanantes de la venta de bienes o de la financiación otorgada a uno de los deudores conexos), por los cuales deberán velar tanto el juez del concurso como la administración concursal⁸⁹¹.

⁸⁹¹ De nuevo, seguimos las recomendaciones de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 134 y recomendación n.º 229.

CAPÍTULO XVI. EL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES AFECTADOS POR LA CONSOLIDACIÓN DE MASAS

De lo expuesto anteriormente se colige que la consolidación de patrimonios, al igual que conlleva ciertas ventajas, puede acarrear graves inconvenientes, especialmente para aquellos acreedores cuyas expectativas de cobro se vean alteradas a la baja. En este sentido, procede analizar si debe y puede procurarse alguna medida de tutela de los derechos de crédito de los mismos.

I. El fundamento de la protección de los acreedores

La necesidad de proporcionar protección a los acreedores perjudicados por la consolidación puede inferirse de dos instituciones del Ordenamiento jurídico español, ambas asimilables, en mayor o menor medida, a la misma.

En primer lugar, como ya se justificó (v., supra, capítulo XIII), la consolidación sustantiva supone, de facto, una novación subjetivo-pasiva de las obligaciones contraídas por cada deudor respecto de sus acreedores. Dicha novación no puede realizarse, de acuerdo con las categorías dogmáticas tradicionales (art. 1205 CC), sin el consentimiento de cada uno de los acreedores. El hecho de que este requisito deba obviarse en el caso de la consolidación (por las propias características del proceso concursal) no impide que deba proporcionarse a los acreedores involucrados, si no el mismo, al menos un cierto nivel de protección ante el perjuicio que supone el cambio en el patrimonio destinado a responder.

En segundo lugar, la consolidación sustantiva comparte no pocos rasgos con la fusión (v., supra, capítulo III, apartado II), aunque no culmina con la creación de una nueva entidad o con la absorción de algunas por parte de una preexistente. Sin embargo, al igual que sucede en la fusión, la consolidación altera el patrimonio con el cual están llamados a satisfacerse los acreedores de las sociedades cuyos patrimonios se consolidan. La fusión supone, en sí misma, una novación subjetiva, y por ello debe respetar la voluntad de los acreedores de las sociedades involucradas⁸⁹². Precisamente por eso se concede a los acreedores un derecho de oposición en caso de fusión (art. 44 LMESM)⁸⁹³. El sentido de

⁸⁹² 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), p. 42.

⁸⁹³ Conforme a este precepto, «1. La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. 2. Dentro de ese plazo, podrán oponerse a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión, no haya vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozarán de este derecho de oposición a la fusión los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados».

este derecho es que los derechos de los acreedores en sí no se modifican, pero, al modificarse el patrimonio que garantiza en última instancia su satisfacción, pueden verse sustancialmente afectados, para bien o para mal, en la seguridad o expectativa de su buen fin⁸⁹⁴. Según la tesis mayoritaria, el fundamento del derecho de oposición se encuentra en la tutela de la garantía patrimonial de que disfrutaban los acreedores que no puede verse anulada o disminuida como consecuencia de la fusión⁸⁹⁵.

II. El cauce para oponerse a la consolidación de patrimonios

Como es obvio, el cauce por el cual debe canalizarse la oposición a la consolidación será la impugnación de la resolución que la acuerde. Al respecto, debe señalarse que una de las resoluciones pioneras en esta materia en España sostuvo que el trámite adecuado para dilucidar la procedencia o improcedencia de la consolidación es la impugnación del

Parece la elección más adecuada de entre las dos principales técnicas de protección que pueden utilizarse, siguiendo la clásica contraposición acuñada a finales del siglo XIX. El modelo germánico (tradicional u original) se caracteriza por el mantenimiento durante cierto tiempo, no obstante la realización de la fusión, de la separación o distinción de los patrimonios de las sociedades participantes en la misma. Lo malo de esta técnica de separación patrimonial es que puede dar lugar a una excesiva dilación del procedimiento concursal. El modelo italiano, en cambio, se articula en torno a la concesión a los acreedores de un derecho de oposición o de suspensión de la ejecución de la fusión en tanto no se satisfagan ciertas condiciones que neutralizan o aseguran el mayor riesgo que la misma puede suponer o entrañar para sus créditos. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», cit., p. 40 (nota 5).

⁸⁹⁴ V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., *ibíd.*, pp. 39 y 40. Sucede algo parecido a lo que ocurre con la consolidación sustantiva: «el nuevo patrimonio garante de todos los créditos (sea el de la sociedad absorbente, sea el de la de nueva creación) puede ser más o menos *solvente, rentable y líquido* que los que desaparecen en la fusión, con la consecuencia de que la posición final de los distintos acreedores puede resultar mejorada o empeorada en relación con la que previamente tenían en cada una de las sociedades que se fusionan».

⁸⁹⁵ Téngase en cuenta que el derecho de oposición no es la única medida destinada a proteger los intereses de los acreedores. En efecto, el procedimiento establecido para llevar a cabo una fusión comprende una serie de formalidades tendentes a garantizar la protección o tutela de los intereses de todos los interesados. Aunque muy especialmente se vela por la tutela de los socios, también por la de acreedores o simples terceros. Si se prevén todos estos requisitos, es porque la fusión no es un procedimiento exento de riesgos, en el sentido de que es susceptible de generar graves perjuicios a las partes interesadas. LARGO GIL, R., *La Fusión de Sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Madrid [Civitas], 2000, p. 123. Esta autora caracteriza la fusión de sociedades como el procedimiento trazado por la ley como presupuesto para alcanzar los efectos típicos de la fusión, pero también como la vía articulada por el legislador para realizar la tutela de los diversos intereses afectados por una operación tan compleja (*ibíd.*, p. 112, nota 180). También se ha relacionado el derecho de oposición con el principio general que impide la disposición sobre los derechos de terceros, y que obliga a respetar la intangibilidad o integridad de la esfera jurídica ajena (téngase en cuenta que esta intangibilidad no es un valor absoluto). V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., «El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», cit., p. 42. Ambas posturas pueden considerarse complementarias. También encontramos un derecho de oposición de los acreedores en los supuestos de reducción de capital (art. 336 LSC), cuyo fin es, una vez más, el de proteger los intereses económicos de los acreedores de cara a un eventual debilitamiento de su posición crediticia. V. TIRADO, I., «Art. 334. Derecho de oposición de los acreedores de sociedades anónimas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid [Civitas], 2011, p. 2413.

inventario y de la lista de acreedores (art. 96 LC)⁸⁹⁶. Se argumentó que, puesto que la consolidación de patrimonios afecta tanto a la formación del inventario como a la formación de la lista de acreedores, este es el trámite adecuado, dado que ambos documentos pasarán a ser comunes. Por eso, habida cuenta de que la impugnación del inventario y de la lista de acreedores constituye el mecanismo por el cual los interesados hacen valer sus derechos frente a la actividad de formación de las masas activa y pasiva, resulta el cauce idóneo para instrumentalizar la oposición a la consolidación patrimonial. El problema de esta solución (y motivo por el cual no la compartimos) es que puede retrasar enormemente la decisión final sobre la consolidación. Habría, en efecto, que esperar al final de la fase común para impugnarla, incluso si la medida se decreta en el auto de declaración conjunta de los concursos cuyos patrimonios se consolidan.

III. La legitimación activa para oponerse a la consolidación

Están sin duda alguna legitimados para oponerse a la consolidación todos los acreedores titulares de créditos ordinarios⁸⁹⁷ y con privilegio general. Sin embargo, en principio no parece que pueda admitirse la legitimación de los acreedores con privilegio especial (ya que no se ven afectados por la consolidación, al satisfacerse con cargo al bien garantizado).

Respecto a los acreedores contra la masa, debe admitirse que se opongan a la decisión de consolidar siempre y cuando su crédito se hubiese generado en el intervalo temporal que media entre la declaración de concurso y la consolidación de los patrimonios (porque se verán afectados del mismo modo que los acreedores ordinarios, a pesar de contar con una prededucción en el pago). En efecto, aunque el derecho de oposición debe limitarse en

⁸⁹⁶ La SAP Barcelona [15.ª] 28.6.2011 afirma en el Fundamento Jurídico 4.º que «de la misma manera que de forma excepcional, en el curso de una reclamación extraconcursal, cabe levantar el velo de una sociedad en los casos de confusión de patrimonios, para hacer responsable de las deudas de una determinada sociedad a otras del mismo grupo», se consoliden los patrimonios de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo cuando todas ellas estén en concurso y concurren determinadas circunstancias. Esto le obliga a reconocer que es necesario que los afectados por la medida (acreedores y deudores, esencialmente), gocen de un «juicio contradictorio para oponerse». Coincide con lo que afirma GARRIDO, J. M.ª, «Art. 96. Impugnación del inventario y de la lista de acreedores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 1710.

⁸⁹⁷ Los titulares de derechos de crédito sometidos a condición o a término pueden, con carácter general, oponerse a la consolidación, tanto cuando la condición es suspensiva como cuando es resolutoria. Si es resolutoria, el cumplimiento de la misma determina la pérdida de los derechos adquiridos, por lo que se es pleno acreedor (la relación crediticia desarrolla todos sus efectos) desde el momento de la constitución del crédito, sin perjuicio de que la condición ponga fin a dicha relación (art. 1114 CC). Cuando se trate de una condición suspensiva, el acreedor solo es titular de un derecho de crédito eventual, pero puede sin embargo ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho (art. 1121 CC). Y la oposición a la consolidación debe entenderse como un medio de tutela preventiva del crédito. Lo mismo puede decirse de los créditos sometidos a término inicial (art. 1125 CC). Los titulares de créditos litigiosos también deberían estar legitimados para el ejercicio de la oposición a la consolidación. Si la situación procesal en la que se encuentra su derecho no impide al acreedor ceder su crédito a un tercero (art. 1535 CC), tampoco puede obstar para el ejercicio de un derecho que tiene una finalidad preventiva frente a la eventual disminución de la garantía patrimonial que habrá de responder del crédito en caso de que la contienda resulte favorable al acreedor.

función del momento del nacimiento o adquisición del derecho de crédito, debe corresponder a los titulares de créditos constituidos con anterioridad al momento en que se acuerda la consolidación, dado que es esta la que representa un cambio radical del statu quo jurídico y económico en que se basó la constitución de la relación jurídica con la sociedad. Sin embargo, el reconocimiento de legitimación activa a los acreedores contra la masa cuyos créditos se hubiesen originado entre la declaración de concurso y el acuerdo de consolidación tiene, en la práctica, escasa virtualidad. En efecto, en la mayoría de las ocasiones estos acreedores optarán por pedir directamente el pago del crédito (art. 84.3 LC).

En cuanto a si debe reconocerse legitimación a los acreedores extracontractuales o involuntarios, la respuesta debe ser igualmente afirmativa, siempre y cuando su crédito se haya originado antes el acuerdo de consolidación y pueda, por consiguiente, verse alterado su statu quo (con independencia de que no se vulnere aquí la libertad contractual).

También los acreedores cuyos créditos no hayan sido incluidos en la lista de acreedores deberían poder oponerse a la consolidación, siempre que, simultáneamente, soliciten la inclusión de tales créditos en la lista. No parece posible que se opongan a la consolidación sin solicitar a la vez el reconocimiento de sus créditos, puesto que carecerían, aparentemente, de interés legítimo.

Surge la duda de si debería exigirse la titularidad de un porcentaje mínimo sobre el pasivo conjunto de todos los deudores para acceder a la legitimación. Se trata de una cuestión delicada. Por un lado, es cierto que, de permitirse a cada acreedor, por el mero hecho de serlo y con independencia del porcentaje de pasivo del cual fuese titular, oponerse a la consolidación, se estaría abriendo la puerta a comportamientos obstruccionistas poco deseables. En efecto, un único acreedor podría oponerse a una medida (la consolidación de patrimonios) susceptible de aportar ventajas significativas al resto. Sin embargo, la exigencia de un determinado porcentaje de pasivo plantea problemas de determinación (porque podría pensarse tanto en exigir un 20 % como un 5 %). Además, este tipo de requisitos restan discrecionalidad al órgano jurisdiccional a la hora de decidir sobre la conveniencia de la consolidación. La falta de fijación de requisitos adicionales a la legitimación activa para oponerse a la consolidación patrimonial no obsta para que el juez deba sopesar los intereses del acreedor impugnante respecto de los intereses del resto de acreedores. En la ponderación que realice el juez, deberá tener en cuenta no solo los argumentos esgrimidos, sino también el número y volumen de pasivo representado por los acreedores que se opongan a la consolidación.

IV. Los efectos de la oposición a la consolidación

En el caso de que uno o varios acreedores se opongan a la consolidación patrimonial de los deudores, y dicha oposición sea estimada por parte del órgano jurisdiccional, son imaginables dos tipos de efectos, mutuamente excluyentes y, por lo tanto, alternativos.

En primer lugar, podría abortarse la consolidación con carácter general, de forma que los patrimonios de los deudores permanezcan separados. De esta forma, se estaría concediendo a cada acreedor una suerte de «derecho de veto» sobre la consolidación.

En segundo lugar, podría anularse la consolidación, mas solo respecto del concreto acreedor que se hubiese opuesto a la misma. Esta segunda alternativa equivale a una consolidación parcial: mientras que la mayoría de los acreedores se satisfaría con cargo al patrimonio unificado, se concedería a los acreedores disidentes la posibilidad de satisfacerse con cargo al patrimonio del deudor con el cual hubiesen contratado originariamente.

Parece que, a pesar de ser la más drástica, la opción correcta es la primera. La aplicación de la segunda solución no solo resulta caótica, sino que además contraviene uno de los pilares básicos del sistema concursal. En efecto, permitir a los acreedores disidentes cobrar al margen del patrimonio consolidado implica permitirles sustraerse del proceso concursal y escapar de los efectos del mismo, concretamente, las quitas y las esperas. En otras palabras, la aplicación de la consolidación parcial con carácter general en caso de oposición a la medida es susceptible de infringir la *par condicio creditorum*⁸⁹⁸.

⁸⁹⁸ En defensa de la postura que aquí se mantiene, ha de traerse a colación la reciente SJM 4 Madrid 7.2.2013, que aprueba convenios con contenido de fusión de dos sociedades concursadas (posibilidad expresamente prevista en el art. 100.3 LC). En consonancia con lo mantenido por la doctrina más autorizada, no se reconoce a los acreedores de las sociedades concursadas un derecho de oposición a la fusión, porque, la situación concursal en la que se encuentran lo impide. En efecto, «el reconocimiento de un derecho de oposición individual alteraría el principio de la *par condicio creditorum*, constituiría una derogación del principio mayoritario al que los acreedores deben quedar sujetos en caso de concurso, y significaría a favor de los acreedores opuestos un privilegio atípico vedado por el artículo 89.2 de la Ley Concursal. Por tanto, en caso de que el convenio de acreedores de una sociedad concursada prevea una fusión, el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad concursada objeto de fusión debe quedar subsumido en el derecho de oposición al convenio de acreedores que prevea tal fusión». La necesidad de modular el derecho de oposición en caso de que la modificación estructural se produzca durante el convenio ya había sido apuntada magistralmente por el profesor BELTRÁN en los siguientes términos: «Los *acreedores de la masa*, que son extraconcursoales y no son parte en el convenio, se rigen por las normas generales, de modo que, si el crédito no está vencido —algo que evidentemente puede ocurrir— y no está suficientemente garantizado, podrán oponerse sin duda a la modificación en las condiciones legalmente previstas. En cuanto a los *acreedores concursales*, la solución tiene que ser distinta. Por supuesto, los *acreedores privilegiados* conservan su derecho de abstención (art. 123 LC), de modo que si no votan a favor del convenio no quedan afectados por este (art. 134.2 LC) y, en consecuencia, si su crédito no está vencido y no está garantizado —algo que no será fácil que suceda— gozarán de derecho de oposición [...]. Los acreedores *ordinarios* y *subordinados* quedan, en cambio, obligados (arts. 134.1 y 136 LC), de modo que el derecho de oposición del que en condiciones normales disfrutarían los titulares de créditos no vencidos y no garantizados se sustituye por la regla concursal de la adopción válida de un acuerdo entre el deudor y la colectividad de los acreedores que solucione la insolvencia. Esto es, en efecto, lo que significa un convenio de masa [...]. Es evidente que no podrían disfrutar del derecho de oposición los acreedores concursales que hubieran votado a favor del convenio; pero el convenio vincula a todos los acreedores ordinarios y subordinados “anteriores a la declaración de concurso” (art. 134.1 LC). Téngase en cuenta, por lo demás, que no se trata de privar al acreedor de un medio excepcional de tutela de su crédito ni de convertirlo en socio, supuestos en los cuales se exige su consentimiento individual (arts. 100.2 y 102 LC), sino simplemente de someterlo al consentimiento de la mayoría. El consentimiento individual del acreedor ya ha sido sustituido por la propia Ley de Modificaciones Estructurales por un derecho de oposición que solo se concede a determinados acreedores. Y téngase en cuenta, en fin, que se parte de la situación excepcional

V. Conclusiones sobre la consolidación de las masas

La consolidación de los patrimonios de varios deudores es un mecanismo que afecta de manera vital a los derechos e intereses de las partes involucradas en los procedimientos de insolvencia. Al apartarse de un principio tan básico y esencial del Derecho concursal como es el principio de separación, debe ser empleado con cautela, de forma que la regla general sea el respeto a dicho principio⁸⁹⁹.

Si bien es cierto que la consolidación de masas altera la configuración de varias instituciones fundamentales (la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada y la libertad contractual), el funcionamiento del mercado de crédito y el trato a los acreedores, no puede negarse que resulta un mecanismo útil en casos extremos, en los que la aplicación estricta del principio de separación podría perjudicar los intereses de los concursos involucrados. Así, pesar de los inconvenientes que la institución genera, estos no deben llevarnos a rechazarla de forma generalizada y sin excepción. Al contrario, es imaginable su admisibilidad cuando de su aplicación se deriven consecuencias amparadas y buscadas por una norma del Ordenamiento jurídico, a saber, la Ley Concursal y su principal finalidad: la mayor satisfacción posible de los acreedores.

El profesor PAULUS, reflexionando en torno a las características de un Derecho concursal de grupos «moderno», conmina a poner críticamente en entredicho la máxima «eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz», 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 dogmáticas⁹⁰⁰, admitir la consolidación de masas en casos excepcionales. Además, la medida en cuestión no debe verse como algo totalmente blanco o totalmente negro, sino que pueden darse múltiples matices en su aplicación⁹⁰¹. Se trata, en definitiva, de que sea una opción —por supuesto no automática ni de forzoso cumplimiento— de la cual se pueda disponer, para alcanzar de la manera más eficiente los fines del concurso.

de crisis de la sociedad, por lo que el riesgo que el derecho de oposición trata de cubrir resulta realmente difuminado». V. BELTRÁN, E., «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», cit., pp. 177 y 178.

⁸⁹⁹ Entre otros, v. GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», cit., p. 208: «Because substantive consolidation vitally affects the rights and interests of parties involved in bankruptcy proceedings, it is termed a matter “pregnant with consequence” and should be used with caution». Así lo establece la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, parte III, cap. II, § 105 y recomendación n.º 219: «El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 220».

⁹⁰⁰ PAULUS, C., «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 acriticamente.

⁹⁰¹ En efecto, son posibles diversas variantes que mitiguen los efectos perniciosos de la consolidación, como por ejemplo la consolidación parcial.

De esta forma, sucede que los argumentos en contra de la consolidación no son, en principio, completamente irrefutables, aunque su refutabilidad dependerá del caso concreto ante el cual nos encontremos. Ello abre la puerta a la siguiente cuestión, a saber: en qué casos es fácticamente posible y deseable aplicarla. El problema es que no resulta en absoluto sencilla la ponderación de los pros y los contras y la correlativa búsqueda de un equilibrio en el empleo de la consolidación⁹⁰². La Ley Concursal únicamente prevé la consolidación de los patrimonios de los deudores que tengan los patrimonios confundidos, siempre y cuando «no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados» (art. 25 ter.2 LC). Se trata de un supuesto en el cual difícilmente puede dudarse de la utilidad de la consolidación, por los previsibles ahorros de tiempo y dinero que implicará la medida y el subsiguiente incremento de la satisfacción de los acreedores.

En cuanto a si resultaría admisible la consolidación en otros supuestos (abuso de las formas societarias u operatividad de un grupo como una unidad económica en el mercado), frente a la postura que opta por extender la aplicación, debemos, por ahora al menos, contestar en sentido negativo. Bien es cierto que estas otras circunstancias pueden concurrir a la vez que la confusión de patrimonios (como sucedió en el caso resuelto por la SAP Barcelona [15.ª] 28.6.2011), pero no deberían, por sí mismas, justificar la consolidación. Los motivos son tres. En primer lugar, tal extensión carece de un refrendo normativo expreso (por la literalidad del art. 25 ter LC)⁹⁰³. En segundo lugar, no existen

⁹⁰² En el año 1975 tuvo lugar el que ha sido calificado como «el debate más interesante sobre los problemas de la consolidación sustantiva en el caso de la insolvencia de sociedades pertenecientes al mismo grupo». Así lo califica BLUMBERG, P., *The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, cit., p. 444, cuya simpatía se inclina indudablemente hacia la postura de LANDERS. Este debate se materializó en el intercambio de artículos entre el profesor Jonathan Landers y el juez (entonces, profesor) Richard Posner. A grandes rasgos, ambos autores difieren fundamentalmente en cuál ha de ser la norma general en caso de insolvencias en el seno de un grupo. Mientras que LANDERS consolidaría en general, y solo reconoce determinadas excepciones, POSNER rechaza la consolidación como norma general y únicamente la admite en determinados casos. LANDERS propone una visión de los grupos basado en la perspectiva de la empresa, conforme a la cual la consolidación sustantiva debería ser un mecanismo aplicado por norma general cuando varias sociedades del mismo grupo se encuentran en situación de insolvencia. Únicamente reconoce dos excepciones: (1) cuando la consolidación puede perjudicar significativamente a un acreedor que pudiese acreditar que confió específicamente en el crédito de un componente del grupo en particular; y (2) cuando los miembros del grupo fuesen tratados como entidades separadas y no como partes o fragmentos de un único negocio. V. LANDERS, J. M., «A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy», cit., pp. 589 a 652 y LANDERS, J. M., «Another Word on Parents, Subsidiaries, and Affiliates in Bankruptcy», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 43 (1975), pp. 527 a 540. POSNER contesta esgrimiendo las ventajas de la responsabilidad limitada respecto a la oferta y la demanda de crédito. La utilidad esencial del Derecho de sociedades es, para POSNER, que provee de condiciones de contratación implícitas y así reduce los costes de transacción de las partes a la hora de negociar y contratar. V. POSNER, R. A., «The rights of creditors of Affiliated Corporations», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 43 (1975), pp. 499 a 526. Además, discrepa con LANDERS respecto de la naturaleza del grupo societario. Este puede no constituir una única empresa, sino que es posible que existan conglomerados y sociedades desarrollando negocios muy diversificados y que únicamente compartan algunas funciones secundarias. POSNER únicamente reconoce la procedencia de consolidar los patrimonios cuando exista *misrepresentation* por parte del acreedor, esto es, cuando el acreedor confió (y erró) en la identidad del deudor.

⁹⁰³ La falta de previsión normativa expresa es precisamente lo que ha llevado a varios autores a considerar que el futuro de la consolidación sustantiva es «incierto» en los Estados Unidos. En efecto, varios autores

parámetros claros y suficientemente definidos que guíen a los órganos jurisdiccionales a la hora de determinar la procedencia de la consolidación (debe, en efecto, evitarse la proliferación de test y criterios diversos, cuya aplicación genera una fuerte inseguridad jurídica). En tercer lugar, aunque sea cierto que resulta necesario arbitrar soluciones contra determinados problemas que surgen en los concursos conexos —especialmente en los grupos de sociedades— tales mecanismos ya existen, y no es necesario, por lo tanto, crear un remedio adicional⁹⁰⁴. Entre los mecanismos que ya existen para atajar los problemas a los que se enfrenta la consolidación sustantiva destacarían el levantamiento del velo, los delitos de insolvencias punibles (arts. 257 a 261 bis CP), la responsabilidad de los administradores de hecho o de derecho (arts. 236 a 241 LSC)⁹⁰⁵ o la responsabilidad por deudas (art. 172.3 LC)⁹⁰⁶. La extensión de la consolidación de las masas sería redundante, dado que existen otros mecanismos para solventar los problemas a los cuales va dirigida, y conduciría a una innecesaria proliferación de mecanismos jurídicos para atajar unos mismos problemas. Debe, al contrario, aplicarse una suerte de «navaja de Ockham» y mantener las instituciones más sólidas y menos problemáticas, y eliminar aquellas cuya aplicación sea aparatosa y conflictual.

han puesto de manifiesto que la consolidación sustantiva supone el ejercicio de un *substantive power* por parte del juez concursal, mientras que la jurisprudencia dominante considera que los substantive powers no pueden derivarse de la sección 105 del *Bankruptcy Code* (que es precisamente en donde se basan para sacarse la consolidación). La Corte Suprema estadounidense aún no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, pero no es descartable que cuando lo haga considere inadmisibile la misma, al no estar prevista expresamente en ninguna norma. BAIRD, D. G., «Substantive Consolidation Today», cit., pp. 15 y ss.: «Substantive consolidation is, as the term suggests, a substantive power. In the view of some courts, substantive powers such as this are permitted only to the extent that they grow out of substantive provisions of the Bankruptcy Code. Courts have stated again and again that substantive powers cannot be derived from section 105 of the Bankruptcy Code». V. VATTERMOLI, D., «Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», cit., p. 42. Y sobre todo GRAULICH, T., «Substantive Consolidation – A Post-Modern Trend», cit., pp. 553 y ss., y TUCKER, J. M., «Grupo Mexicano and the Death of Substantive Consolidation», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 8 (2000), pp. 427 a 451.

⁹⁰⁴ V. MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», cit., p. 555. Entre los comentaristas estadounidenses también se ha señalado que la consolidación sustantiva solo debería decretarse cuando no pueda aplicarse los mecanismos tradicionales del Derecho Societario. Así, WES, E. J., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach», cit., p. 737: «Stated generally, the equitable remedy of substantive consolidation should be used only upon a showing that the corporate form has been abused to such an extent that creditors are unable to reach the transferred assets of the debtor affiliate through methods of creditor protection available under traditional corporate law».

⁹⁰⁵ Como vía para obtener la compensación o indemnización a las filiales por las pérdidas ocasionadas por instrucciones directas de la matriz o la obligación de indemnizar de los órganos directores a los acreedores de las filiales si les causan algún daño, y también la responsabilidad del administrador de hecho/oculto respecto a los acreedores. V. HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, cit., p. 854.

⁹⁰⁶ La incluye en la categoría de remedios alternativos a la consolidación sustantiva EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., pp. 528 y ss.

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA.- Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la regulación de los concursos conexos tiene la entidad propia que merecía. El nuevo capítulo III del Título I de la Ley Concursal sistematiza por fin muchos de los aspectos que rodean a esta categoría de concursos (en concreto, el elenco de conexiones entre concursos, la solicitud de declaración conjunta, la posibilidad de acumular los concursos posteriormente, la competencia judicial para conocer de los mismos y los efectos de la acumulación). Sin embargo, la dispersión normativa, aunque reducida, aún perdura en la materia. Existen, en efecto, preceptos exclusivamente aplicables a los concursos conexos esparcidos por la Ley Concursal (es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de condicionar los convenios, art. 101.2 LC, y de nombrar una administración concursal común, art. 27.5 LC).

SEGUNDA.- La Ley Concursal no hace explícita la finalidad concreta que persigue la regulación específica de los concursos conexos. Conocer los fines de la misma resulta imprescindible para aplicar una normativa que se caracteriza por su flexibilidad. El régimen de los concursos conexos se caracteriza, en efecto, por ser mayoritariamente facultativo, esto es, por no imponer obligaciones, sino por habilitar posibilidades: no es obligatorio acumular —ni inicial ni sucesivamente— los concursos conexos, como tampoco lo es nombrar una administración concursal común o condicionar los convenios. Una posible interpretación, que aquí se defiende, consiste en aprehender la regulación de los concursos conexos desde una perspectiva funcional, de forma que el tratamiento que se les dispense persiga esencialmente el interés de los mismos, entendido como la mayor satisfacción de los acreedores de cada deudor. Basándonos en el interés de los concursos conexos (*rectius*, en los intereses de los concursos conexos) y en los efectos que sobre el mismo tengan las posibles medidas a adoptar, podremos valorar con un mayor acierto su conveniencia (por ejemplo, solo procederá acumular dos o más concursos en la medida en que dicha acumulación coadyuve al interés de todos ellos y permita, por ello, lograr una mayor satisfacción de los acreedores). En el caso de que los intereses de los concursos conexos converjan (esto es, cuando la adopción de una determinada medida redunde en interés de todos ellos), lo anterior no plantea ulteriores dificultades. Los problemas surgirán, por el contrario, cuando los intereses de los concursos conexos diverjan o colisionen, de manera que la adopción de una determinada medida beneficie a uno de los concursos en detrimento del interés de otro u otros. Para solucionar esta cuestión, es posible emplear criterios de eficiencia, entre los cuales resulta preferible el de Kaldor-Hicks sobre el de Pareto.

TERCERA.- La Ley Concursal tampoco define el tipo de conexión que estima relevante entre dos o más concursos (objetiva, subjetiva o mixta), sino que se limita a enumerar una serie de supuestos (las sociedades pertenecientes al mismo grupo, los cónyuges y los miembros de la pareja de hecho inscrita, los administradores, socios,

miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, los deudores con patrimonios confundidos y los miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica que respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de esta). Las críticas que pueden hacerse a esta regulación son básicamente dos. En primer lugar, los supuestos de concursos conexos resultan profundamente heterogéneos, y no es sencillo inferir la conexión que justifica un tratamiento distinto para este elenco de concursos (podría, efectivamente, tratarse de una conexión meramente subjetiva basada en la persona de los deudores, de una conexión objetiva fundada en los vínculos patrimoniales u organizativos entre estos, o de una conexión de tipo mixto que amparase las dos categorías anteriores). Parece, en cualquier caso, que en todos ellos se da la necesidad de aprehenderlos desde una perspectiva holística (y no aislada) para la mejor consecución de la finalidad esencial del concurso de acreedores. En segundo lugar, la enumeración de los concursos conexos tiene, aparentemente, el carácter de *numerus clausus*. El problema que plantea este carácter «cerrado» de la lista es que pueden darse casos que, aun no pudiendo ser subsumidos en ninguna de las categorías que la integran, podrían beneficiarse del tratamiento específico que se habilita para los concursos conexos (por ejemplo, concursos de ascendientes, descendientes o hermanos, o de sociedades que, pese a no constituir un grupo en el sentido del art. 42 CCom, forman conjuntamente una unidad económica). Este inconveniente podría solucionarse con la inclusión de una cláusula general (o cláusula de cierre) que amparase la consideración como concursos conexos de otros supuestos no mencionados en el elenco ya existente. Esta posibilidad comulga a la perfección con la flexibilidad que debe regir en la materia.

CUARTA.- Tradicionalmente, el tratamiento de los concursos conexos —al igual que el de los concursos en general— se ha basado en el principio de separación (*Trennungsprinzip*): a cada deudor le corresponde un patrimonio, y para cada patrimonio debe declararse un concurso autónomo e independiente (como refleja el clásico aforismo alemán «eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz»). El tratamiento separado, sin embargo, puede conducir a descoordinaciones y resultar ineficiente en algunos casos. Por eso, en aras de una mayor consecución del interés de los concursos conexos, se perfilan dos grandes modelos para abordar el tratamiento de los mismos: la coordinación de los procedimientos y la consolidación de los patrimonios. Los dos paradigmas se diferencian en la vigencia que tiene en cada uno el principio de separación. Así, mientras que en el modelo de coordinación el principio de separación únicamente se modula o reduce, en el modelo de consolidación este queda completamente derogado. Tras la reforma de 2011, la Ley Concursal contiene una regulación híbrida, donde la norma general es la tramitación coordinada de los concursos conexos pero, excepcionalmente, se admite la consolidación de los patrimonios (art. 25 ter LC).

QUINTA.- La coordinación procedimental se estructura, en la Ley Concursal española, en torno a la acumulación de concursos. A pesar de uso común del *nomen iuris* de

«acumulación», aquella no debe entenderse como una subespecie de la acumulación de acciones, de procesos o de ejecuciones (ni de las figuras afines del litisconsorcio, la intervención procesal o la acumulación al concurso de determinados juicios declarativos pendientes). La acumulación de concursos, ya sea inicial o sobrevenida, es una figura autónoma y diferenciada de estas. Evidentemente, a ello no obsta que puedan compartir algún rasgo concreto (como la consecución de la economía procesal) o que debamos acudir a sus respectivas regulaciones —eso sí, adaptándolas— para suplir las lagunas que existen en la Ley Concursal, especialmente en lo que se refiere al procedimiento para acordar la acumulación, cuestión sobre la cual el Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones en sentido contrario. También resulta cuestionable la falta de homogeneidad de los supuestos en los que se permite la acumulación inicial y los supuestos en los que se permite la acumulación posterior, especialmente porque favorece la acumulación posterior en lugar de la inicial, sin tener en cuenta que los beneficios que pueden derivarse de la misma serán mayores cuanto antes se acuerde.

SEXTA.- Uno de los aspectos centrales de la coordinación de los concursos conexos es la concentración de las competencias judiciales, de forma que un mismo órgano jurisdiccional conozca de los mismos. Esta medida, que conlleva importantes ventajas (aprovechamiento de la información y de la energía jurisdiccional, evitación de resoluciones contradictorias, desarrollo eficiente y armonizado de los distintos procedimientos, etc.), también puede suponer serios inconvenientes aparentemente no previstos por el legislador. Entre ellos se encuentran los problemas de distancia, los conflictos de intereses y el riesgo de manipulación fraudulenta del foro (o *forum shopping*). En primer lugar, cuando los concursos de varios deudores vinculados (pero con centros de intereses principales dispersos) se concentran ante el mismo órgano jurisdiccional, quiebra el principio de cercanía con el entorno económico, los acreedores y el patrimonio de cada deudor que, por regla general, debe regir. Asimismo, el aumento de la distancia puede redundar también en el incremento de los costes para algunos interesados (de postulación, defensa, comunicaciones y desplazamientos) y ser especialmente problemático en relación con los conflictos laborales. Parte de estos inconvenientes puede superarse sin problema con los medios telemáticos que existen hoy en día y cuyo empleo para realizar cuantas gestiones sea posible debería permitirse expresamente. En segundo lugar, la tramitación de varios concursos ante un mismo juez puede dar lugar a conflictos de intereses en el seno del mismo, especialmente cuando la adopción de una determinada medida pueda redundar en beneficio de uno de los concursos y, paralelamente, perjudicar a otro. En tales casos, el órgano jurisdiccional deberá abstenerse de actuar de oficio, para preservar la imparcialidad que se le exige y presume. En tercer lugar, la concentración de las competencias judiciales abre la puerta a prácticas de manipulación fraudulenta del foro. Aunque, en el ámbito internacional, estas prácticas están encaminadas a alterar no solo el foro, sino también la ley aplicable (y por eso resultan especialmente graves), a nivel doméstico también resultan reprobables porque, aunque la normativa a aplicar sea la misma, la concentración de competencias en

un determinado juez puede obedecer a la finalidad de alejar la tramitación de los concursos de un determinado foro, o a retrasarla y dilatarla en el tiempo mediante su reunión ante un juzgado especialmente saturado. El *forum shopping* puede evitarse, no obstante, controlando, ya sea de oficio o a instancia de parte, la competencia judicial. Asimismo, es posible establecer restricciones a la legitimación para solicitar la acumulación (para impedir que la medida quede al antojo del deudor o de sus representantes legales u orgánicos). Esta última opción ha sido, sin embargo, descartada por la actual redacción de la Ley Concursal, que ha ampliado tal legitimación hasta el punto de eliminar cualquier restricción a la misma. La manipulación del foro guarda una estrecha relación con los criterios que se establezcan para determinar el juzgado competente, que pueden ser temporales u objetivos. Ambos tienen grandes ventajas, pero también poderosos inconvenientes. El legislador ha optado por una solución mixta, donde prevalecen los criterios objetivos (el lugar donde radique el centro de intereses principales del deudor con mayor pasivo o de la sociedad dominante, en función de si nos encontramos ante un grupo de sociedades donde se declare el concurso de esta última o no, art. 25.4 LC). Se contempla también un criterio temporal basado en la prioridad (del concurso que antes se declare), mas únicamente en caso de acumulación posterior de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo en aquellos casos en los que la dominante no esté en concurso (art. 25 bis.3 LC). La disparidad de criterios, a pesar de ser justificable, hace que la regulación de la materia resulte confusa y difícilmente sistematizable.

SÉPTIMA.- El rol central que juega la administración concursal justifica que su diseño pueda verse alterado en los concursos conexos. Por contraposición al modelo clásico, que implica la existencia de varias administraciones concursales, la Ley Concursal posibilita —no impone— el nombramiento de una única administración concursal (art. 27.5 LC). La existencia de un órgano común mejora la eficiencia del mismo y permite una actuación coordinada en los distintos procedimientos, a la vez que se producen considerables ahorros económicos y temporales. Todo ello redundará, previsiblemente, en una mayor satisfacción de los acreedores involucrados. Sin embargo, el modelo unitario también es una considerable fuente de desventajas, entre las cuales destacan la carga de trabajo excesiva, la distancia espacial y los conflictos de intereses. Las dos primeras pueden solventarse mediante el recurso al nombramiento de auxiliares delegados (art. 32 LC) o a la intervención de auxiliares simples o colaboradores (art. 32.4 LC), o nombrando como administradora concursal a una persona jurídica (art. 27.1 in fine LC). Por lo que respecta a los conflictos de intereses, estos pueden originarse cuando, de una determinada actuación por parte de la administración concursal común, se deriven beneficios para uno de los concursos y perjuicio para otro u otros. Tales conflictos resultan indeseables porque atentan no solo contra la apariencia de independencia e imparcialidad que necesariamente debe proyectar la administración concursal, sino también contra el correcto desarrollo de sus funciones (ya que no parece posible atender con igual diligencia diversos intereses contrapuestos entre sí). *De lege lata*, existen varios modos de

neutralizar estos conflictos, como por ejemplo el deber de informar al juez, las autorizaciones voluntarias (art. 188 LC) o la tutela resarcitoria (art. 36.1 y 7 LC). Sin embargo, existe una posibilidad *de lege ferenda* (e incluso planteable *de lege lata*) de acabar con estos conflictos, y que consiste en nombrar auxiliares independientes encargados de defender el interés del concurso concreto en el cual sean designados. Esta figura, no obstante, no puede encuadrarse ni en la categoría de los auxiliares colaboradores (porque el auxiliar independiente realiza tareas orgánicas) ni en la de los auxiliares delegados (porque no se trata de una verdadera delegación de competencias y no existe una relación de subordinación entre el administrador concursal principal y el auxiliar independiente).

OCTAVA.- La coordinación a nivel del órgano jurisdiccional y de la administración concursal se contempla de forma expresa únicamente mediante la unificación de tales órganos. La Ley Concursal olvida, sin embargo, que en algunos concursos conexos puede ser inviable dicha unificación (por los inconvenientes apuntados anteriormente, por ejemplo). En estos casos, coexistirán varios jueces y varias administraciones concursales, cuyas actuaciones resulta imprescindible coordinar. La coordinación puede arbitrarse en torno a modalidades muy variopintas, entre las cuales destacan la cooperación entre órganos (principalmente a efectos de intercambiar información) y la designación de uno de ellos como encargado de coordinar al resto. A estos efectos, pueden importarse al ámbito doméstico las recomendaciones y prácticas surgidas en el ámbito internacional. Lamentablemente, en tanto no se especifique en la Ley Concursal que esta cooperación es un deber, los resultados a esperar se revelan muy modestos.

NOVENA.- La fase solutoria de los concursos conexos requiere también una intensa coordinación. Desgraciadamente, la Ley Concursal se ocupa de regular únicamente la solución convenida y olvida la liquidatoria, cuando a través de esta última también pueden obtenerse mejores resultados mediante la coordinación (piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que una rama de actividad sea propiedad de varias sociedades del mismo grupo, y cuya venta fragmentada procuraría un valor venal inferior al que podría lograrse mediante una venta unitaria). Una eventual reforma de la norma debería hacer explícita la posibilidad de coordinar las liquidaciones, en la medida en que ello redunde en el interés de los concursos involucrados. Por lo que respecta a la coordinación de los convenios, esta no puede ser más parca. La Ley Concursal le dedica un escueto apartado (art. 101.2 LC) y únicamente contempla, como instrumento de coordinación, la posibilidad de coordinar la propuesta de convenio que presente uno de los deudores a la aprobación del convenio de otro u otros deudores con un determinado contenido. Con independencia de las numerosas cuestiones de índole tanto dogmática como práctica que el condicionamiento de convenios concursales plantea, lo cierto es que se trata de una medida que permite que varios deudores conexos salgan coordinada y conjuntamente de la crisis. La elaboración de un convenio único debe descartarse como una medida de coordinación admisible, conveniente y viable, ya que no solo contraviene lo previsto en la Ley Concursal (un convenio por deudor), sino que requeriría una labor de integración

normativa excesivamente creativa (por ejemplo, en cuanto a las formas de computar las mayorías) y, además, el incumplimiento por parte de uno de los deudores tendría el efecto de arrastrar a la liquidación al resto.

DÉCIMA.- Existen numerosos aspectos de la tramitación de los concursos conexos que deberían coordinarse para lograr un resultado óptimo en todos ellos. La Ley Concursal guarda, sin embargo, completo silencio en cuanto a la coordinación de cuestiones tales como la publicidad, los actos de conservación y administración de las masas activas, la continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial de los deudores, el reconocimiento y la clasificación de los créditos, las impugnaciones de los inventarios y de las listas de acreedores, el ejercicio de acciones rescisorias y los contratos. Un aspecto que aparece singularmente necesitado de coordinación en los concursos conexos son sus calificaciones, en el caso de que dos o más se califiquen como culpables. El problema radica en la posible coincidencia de las personas afectadas por las calificaciones. En efecto, en virtud de los estrechos vínculos que existen entre los deudores, será habitual que las personas eventualmente afectadas por la calificación sean las mismas. Por ejemplo, en el caso de un grupo, es posible que un mismo sujeto sea administrador de derecho de la sociedad A, administrador de hecho de la sociedad B y apoderado de la sociedad C. Si los concursos de las tres sociedades se califican como culpables, se producirá un solapamiento de los efectos de dicha calificación (tanto personales como patrimoniales). La coincidencia de efectos en una o varias personas implica varios problemas. En cuanto a los efectos personales (la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona y la prohibición para ejercer el comercio o tener cargo o intervención directa en compañías mercantiles o industriales), se plantea el problema de la duración de la sanción cuando son varias las que se imponen. Tras la reforma de 2011, se ha impuesto la solución aditiva (art. 172.2-2.º tercer inciso LC). Sin embargo, esta puede dar lugar a sanciones desmesuradas y también a problemas de *bis in idem*. Por eso, la Ley prevé expresamente la posibilidad de modular la duración de la sanción de inhabilitación atendiendo, entre otros factores, a la declaración culpable en otros concursos (art. 172.2-2.º primer inciso LC). Por lo que respecta a los efectos patrimoniales, el problema se plantea con especial intensidad en torno a la imposición de responsabilidad concursal para cubrir todo o parte del déficit (art. 172 bis LC). Si esta condena recae sobre la misma persona en dos o más concursos, y esta carece de un patrimonio suficiente para hacer frente a la cobertura de todos los déficits, el concurso en el que antes se haya impuesto la responsabilidad se verá beneficiado (porque el importe de la condena ingresará en la masa activa), en detrimento de los otros concursos. Lo dicho también se da en sede cautelar (art. 48 ter LC), donde gozará de prioridad el concurso en el que antes se haya acordado el embargo preventivo. Para evitar la íntegra satisfacción del concurso con tramitación más adelantada (que implica la vigencia del principio *prior tempore, potior iure*), deberían aplicarse las normas concursales para procurar un reparto equitativo del patrimonio de la persona afectada por las calificaciones culpables de varios concursos (esto es, el principio de la *par condicio creditorum* o, si se quiere, la *par condicio concursorum*).

UNDÉCIMA.- Además de la coordinación de procedimientos, la Ley Concursal parece abrir la puerta a la posibilidad de consolidar los patrimonios (art. 25 ter.2 LC). Mediante este mecanismo, que implica la total derogación del principio de separación, se aglutinan las masas activas y pasivas y se trata a todos los deudores como si fuesen uno solo, con un único patrimonio con el cual se satisface a todos los acreedores. El problema esencial radica en que el legislador, aparte de habilitar esta posibilidad, no ha previsto ni el procedimiento ni los efectos de la misma. Estos aspectos, que la presente investigación trata de integrar a partir de las recomendaciones de la CNUDMI y de la jurisprudencia estadounidense, deberían regularse de forma expresa, habida cuenta de la radical importancia que tienen sobre los acreedores. Además, la consolidación de las masas contraviene pilares básicos del Ordenamiento jurídico, como la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada y la libertad contractual, y es susceptible de generar una fuerte inseguridad jurídica e incrementos en el coste del crédito. Es también difícil incardinarla en las instituciones jurídicas continentales: aunque comparte rasgos con la fusión, la subordinación crediticia y el levantamiento del velo, parece que la definición más precisa es la de novación subjetiva y fáctica de créditos. Por lo que respecta a los presupuestos de la consolidación, la Ley Concursal únicamente prevé su aplicación cuando los patrimonios de los deudores se encuentren tan confundidos que no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o una demora injustificados. Con independencia de los problemas interpretativos que esto pueda generar (especialmente en cuanto a qué debe entenderse que son un gasto o una demora «injustificados»), surge la duda de si podría extenderse la consolidación de patrimonios a otros supuestos, como por ejemplo el de los grupos de sociedades. La conclusión alcanzada es que ello no resulta posible ni, tampoco, recomendable. Lo anterior no obsta a que sea necesaria una regulación más exhaustiva y menos críptica de la consolidación, la cual, aun siendo una medida absolutamente excepcional, tiene consecuencias tan radicales que no pueden abandonarse a la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales.

DUODÉCIMA.- La valoración general de la actual regulación de los concursos conexos es, en principio, positiva, puesto que avanza por una senda adecuada. Sin embargo, existen gravísimas lagunas que es necesario colmar para alcanzar el nivel de eficiencia deseado y permitir, en estos casos, la mejor consecución de la finalidad del concurso.

LISTA DE RESOLUCIONES CITADAS

UNIÓN EUROPEA

- C-341/04 *Re Eurofood IFSC Ltd.*
- C-396/09 *Interedil Srl.*

ESPAÑA

Tribunal Supremo

- STS [1.ª] 16.4.1980
- STS [1.ª] 30.4.1982
- STS [1.ª] 26.9.1986
- STS [1.ª] 16.9.1988
- ATS [3.ª] 26.11.1990
- STS [1.ª] 3.1.1992
- STS [1.ª] 25.2.1997
- STS [1.ª] 18.4.1997
- STS [1.ª] 29.4.1999
- STS [1.ª] 21.9.1999
- STS [1.ª] 29.12.2000
- STS [1.ª] 31.10.2001
- STS [1.ª] 28.12.2001
- STS [1.ª] 15.3.2002
- STS [1.ª] 21.5.2002
- STS [1.ª] 17.12.2002
- STS [1.ª] 20.11.2003
- STS [1.ª] 29.7.2005
- STS [1.ª] 8.2.2007
- ATS [1.ª] 20.2.2009
- STS [1.ª] 13.12.2010
- STS [1.ª] 21.12.2010
- ATS [1.ª] 4.10.2011
- ATS [1.ª] 22.12.2011
- ATS [1.ª] 10.4.2012
- STS [1.ª] 13.12.2012

Audiencias Provinciales

- AAP Valencia [i?] 21.12.2005
- AAP Asturias [1.ª] 9.2.2006
- SAP Barcelona [15.ª] 13.9.2006

- AAP Palma de Mallorca [5.ª] 29.3.2007
- SAP Barcelona [15.ª] 11.6.2007
- SAP Barcelona [15.ª] 26.7.2007
- SAP Barcelona [15.ª] 26.9.2007
- AAP Madrid [28.ª] 27.3.2008
- AAP Barcelona [15.ª] 6.5.2008
- AAP Barcelona [15.ª] 22.5.2008
- SAP Barcelona [15.ª] 22.5.2008
- SAP Córdoba [3.ª] 11.7.2008
- SAP Barcelona [15.ª] 30.12.2008
- SAP Barcelona [15.ª] 8.1.2009
- SAP Cáceres [1.ª] 24.2.2009
- SAP Madrid [28.ª] 6.3.2009
- AAP Madrid [28.ª] 13.3.2009
- SAP Madrid [28.ª] 17.4.2009
- SAP Madrid [28.ª] 26.6.2009
- SAP Madrid [28.ª] 15.1.2010
- SAP Madrid [28.ª] 5.2.2010
- SAP Valencia [9.ª] 22.3.2010
- SAP Madrid [28.ª] 16.7.2010
- SAP Madrid [28.ª] 17.9.2010
- SAP Barcelona [15.ª] 3.11.2010
- SAP Barcelona [15.ª] 27.1.2011
- SAP Madrid [28.ª] 18.3.2011
- SAP Toledo [1.ª] 19.5.2011
- SAP Madrid [28.ª] 20.5.2011
- SAP Barcelona [15.ª] 28.6.2011
- SAP Pontevedra [1.ª] 30.6.2011
- SAP Barcelona [15.ª] 4.7.2011
- SAP León [1.ª] 28.7.2011
- AAP Álava [1.ª] 10.2.2011

Juzgados

- AJM 1 Las Palmas 15.10.2004
- AJM 1 Bilbao 15.11.2004
- AJM 1 Vizcaya 15.11.2004.
- AJM 3 Barcelona 15.11.2004
- AJM 1 Madrid 29.11.2004
- AJM 3 Barcelona 29.12.2004

- AJM 1 Bilbao 30.12.2004
 - AJM 1 Valencia 25.1.2005
 - AJM 1 Vitoria 11.3.2005
 - SJM 1 Murcia 26.4.2005
 - AJM 1 Málaga 5.5.2005
 - AJM 1 Bilbao 11.5.2005
 - SJM 1 Vitoria 13.5.2005
 - AJPI 9 Córdoba 16.6.2005
 - SJM Córdoba 8.7.2005
 - SJM 1 Valencia 14.7.2005
 - SJM 2 Barcelona 21.7.2005
 - AJM 2 Barcelona 13.10.2005
 - AJM Córdoba 14.11.2005
 - SJM Murcia 2.1.2006
 - SJM 1 Oviedo 3.2.2006
 - AJM 3 Barcelona 21.3.2006
 - AJM 1 Cádiz 7.4.2006
 - SJM Málaga 22.5.2006
 - SJM 2 Bilbao 11.10.2006
 - AJM 7 Madrid 11.12.2006
 - SJM 1 Madrid 16.1.2007
 - AJM 1 Bilbao 30.3.2007
 - AJM 1 Pontevedra 20.4.2007
 - AJM 1 Pontevedra 24.4.2007
 - AJM 1 Oviedo 31.5.2007
 - AJM 1 Sevilla 13.6.2007
 - AJM 2 Valencia 2.10.2007
 - AJM 6 Madrid 24.1.2008
 - SJM 6 Barcelona 7.3.2008
 - SJM 7 Madrid 11.4.2008
 - AJM 2 Bilbao 9.5.2008
 - SJM 1 Vitoria 9.6.2008
 - AJM 1 Santander 18.7.2008
 - AJM Barcelona 18.7.2008
 - AJM 5 Madrid 8.9.2008
 - AJM 1 Lérida 19.9.2008
 - AJM 1 Palma de Mallorca 23.9.2008
 - AJM 1 Cádiz 10.10.2008
 - AJM 1 Alicante 13.10.2008
 - AJM 3 Barcelona 4.12.2008
 - AJM 5 Madrid 15.1.2009
 - AJPI 3 Huesca 2.3.2009
 - AJM 6 Madrid 15.4.2009
 - AJM 1 Bilbao 4.5.2009
 - AJM 12 Madrid 29.7.2010
 - AJM 2 Barcelona 20.9.2010
 - AJM Córdoba 4.11.2010
 - SJM 9 Madrid 18.11.2010
 - AJM 1 Cádiz 15.4.2011
 - AJM 1 Cádiz 26.7.2011
 - SJM 1 Cádiz 2.9.2011
 - AJM 1 Granada 30.9.2011
 - SJM 1 Córdoba 21.11.2011
 - SJM 2 Madrid 21.12.2011
 - SJM 6 Madrid 9.1.2012
 - AJM 10 Barcelona 1.2.2012
 - SJM 2 Barcelona 1.2.2012
 - AJM 12 Madrid 6.3.2012
 - AJM 8 Madrid 30.3.2012
 - AJM 6 Madrid 30.3.2012
 - AJM 1 Badajoz 2.4.2012
 - PJM 6 Madrid 3.4.2012
 - AJM 1 Córdoba 3.9.2012
 - AJM 6 Madrid 7.11.2012
 - AJM 3 Barcelona 20.11.2012
 - AJM 3 Barcelona 15.2.2013
 - SJM 6 Madrid 18.2.2013
- DGRN**
- RDGRN 29.10.2004
 - RDGRN 18.3.2006
 - RDGRN 11.9.2006
 - RDGRN 24.9.2010

ESTADOS UNIDOS

- Taylor vs. Standard Gas & Electric Co., 306 U.S. 307 (1939)
- Sampsell vs. Imperial Paper & Color Corp., 313 U.S. 215 (1941)
- Soviero vs. Franklin National Bank, 328 F.2d 446 (2nd Cir. 1964)
- Chemical Bank N. Y. Trust Co. vs. Kheel, 369 F.2d 845 (2nd Cir. 1966)
- *In re* Flora Mir Candy Corp., 432 F.2d 1060 (2nd Cir. 1970)
- *In re* Continental Vending Mach. Corp., 517 F.2d 997 (2nd Cir. 1975)
- *In re* Vecco Constr. Indus., 4 B.R. 407 (Bankr. E.D. Va. 1980)
- Augie/Restivo Baking Co., Ltd. (*In re* Augie/Restivo Baking Co.), 860 F. 2d 515, 518 (2nd. Cir. 1988)
- Drabkin v. Midland-Ross Corp. (*In re* Auto-Train Corp.), 810 F.2d 270 (D.C. Cir. 1987)
- *In re* RaeJean Bonham 226 B.R. 56 (Bankr. D. Alaska 1998)
- *In re* Owens Corning, 419 F.3d 195 (3rd Cir. 2005)
- Genesis Health Ventures, Inc. v. Stapleton (*In re* Genesis Health Ventures, Inc.), 402 F.3d 416 (3rd Cir. 2005)
- *In re* Food Fair. Inc., 10 B.R. 123 (Bankr. S.D.N.Y. 1981)
- *In re* Limited Gaming of America, Inc. (228 BR 275-Bankr. Court, ND Oklahoma, 1998)
- *In re* Drexel Burnham Lambert Group, Inc., 138. B.R. 723, 758 (Bankr. S.D.N.Y. 1992)
- Eastgroup Properties vs. Southern Motel Assoc., Ltd., 935 F.2d 245 (11th Cir. 1991)
- *In re* Mumford, Inc., 115 B.R. 390, 397 (Bankr. N.D.Ga. 1990)
- Murray Industries, Inc (119 B.R. 8209)
- *In re* Orfa Corp. of Philadelphia, 129. B.R. 404, 416-17 (Bankr. E.D. Pa. 1991)

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Bericht der Kommission für Insolvenzrecht*, Colonia [Bundesministerium der Justiz], 1985.

AGUILÓ REGLA, J., «Imparcialidad y aplicación de la Ley», en Gómez Martínez (dir.): *La imparcialidad judicial*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2009, pp. 141 a 165.

ALAGNA, S., «Ristrutturazioni, globalizzazione giuridica e mercanti del diritto», en AA. VV.: *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, tomo II, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, pp. 3 a 18.

ALESSI, G., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milán [Giuffrè], 2000.

ALI (American Law Institute), *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases*, Filadelfia [ALI], 2012.

ALONSO-CUEVILLAS, J., «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», *RCP*, núm. 16 (2012), pp. 43 a 66.
—*La «Vis Attractiva» del Proceso Concursal*, Pamplona [Thomson-Civitas], 2007.

ALONSO UREBA, A., «La aplicación del concepto de administrador de hecho en supuestos de concurso de sociedades integradas en un grupo y de refinanciación», en Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro (dirs.): *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid [La Ley], 2009, pp. 135 a 168.

ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., «Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo», *RdS*, núm. 29 (2007), pp. 19 a 37.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., *El poder de decisión de los acreedores en el concurso*, Pamplona [Thomson-Civitas], 2005.

ALVINO, E., «Conessione tra fallimenti distinti», *Dir. Fall.*, núm. 34 (1959), pp. 944 a 950.

AMERA, S. D., y KOLOD, A., «Substantive consolidation: Getting back to basics», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 14 (2006), pp. 1 a 46.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Tratamiento de la situación de las parejas no casadas en la Ley Concursal», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 497 a 533.

ARA, C., «UTE. Efectos de la declaración de concurso de uno de sus miembros», *ADCo*, núm. 26 (2012), pp. 130 a 149.

ARMENTA DEU, T., *La Acumulación de Autos*, 2.ª ed., Madrid [Montecorvo], 1997.

ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa (Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)*, Barcelona [Atelier], 2006.

ARRIBA FERNÁNDEZ, M.ª L., *Derecho de grupos de sociedades*, Pamplona [Civitas], 2009.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., «La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación», *RCP*, núm. 14 (2011), pp. 97 a 105.

ASHE, G., «The corporate entity in Bankruptcy: Subordination-Consolidation-Merger», *Am. Bankr. L. J.*, núm. 46 (1972), pp. 291 a 304.

AZNAR GINER, E., *La resolución del contrato en interés del concurso*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2012, pp. 32 y ss.

BÄHR, B., y RIEDEMANN, S., «Zuständigkeit des inländischen Insolvenzgerichts für Hauptinsolvenzverfahren trotz strategischer Unternehmensführung am Sitz der englischen Muttergesellschaft (“EMBIC I”)-Anmerkung», *ZIP*, núm. 22 (2004), pp. 1066 a 1068.

BAIRD, D. G., «Substantive Consolidation Today», *B. C. L. Rev.*, núm. 47 (2005), pp. 5 a 22.

BALZ, M., «The European Union Convention on Insolvency Proceedings», *Am. Bankr. L. J.*, núm. 70 (1996)

BARBIERI, P. C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522 comentada y concordada*, Buenos Aires [Universidad], 1995.

BATALLER, J., «Art. 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid [Civitas], 2011, pp. 2572 a 2578.

BAUMBACH, A.; LAUTERBACH, W.; ALBERS, J., y HARTMANN, P., *Zivilprozessordnung*, 69.^a ed., Múnich [Beck], 2011.

BECK, S., «Verwertungsfragen im Verhältnis von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO», *NZI*, núm. 11 (2006), pp. 609 a 618.

BELL, A., *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford [Oxford University Press], 2003.

BELLIDO, R., «Art. 25. Acumulación de Concursos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 549 a 562;

—«Art. 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1002 a 1012.

BELTRÁN, E., «Art. 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 960 a 988;

—«Art. 143. Apertura de oficio de la liquidación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2315 a 2324;

—«Art. 148. Plan de liquidación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2366 a 2377;

—«La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2009, pp. 457 a 497;

—*Las deudas de la masa*, Zaragoza [Publicaciones del Real Colegio de España], 1986;

—«Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 50 (2009/2010), pp. 157 a 183.

BELTRÁN, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 145. Efectos sobre el concursado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2336 a 2348.

BENAVENTE MOREDA, P., «La sociedad legal de gananciales», en Díez-Picazo Giménez (coord.): *Derecho de familia*, Pamplona [Civitas], 2012, pp. 849 a 1098.

BERLE, A., «The theory of enterprise entity», *Colum. L. Rev.*, núm. 47 (1947), pp. 343 a 358.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Art. 85. Comunicación de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1525 a 1541;

—«Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso», *ADC*, tomo 62, fasc. 1 (2009), pp. 5 a 88.

BERRY, C. G., «Consolidation in Bankruptcy», *Am. Bankr. L. J.*, núm. 50 (1976), pp. 343 a 371.

BLANQUER, R., «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio», *RCP*, núm. 9 (2008).

BLASCO GASCÓ, F., «Art. 148. Plan de liquidación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004; —«Comentario al artículo 1857», en Cañizares; De Pablo; Orduña y Valpuesta (dirs.): *Código Civil Comentado*, vol. IV, Pamplona [Aranzadi], 2011, pp. 1264 a 1276.

BLASSES, W., «Redefining into reality: Substantive consolidation of Parent Corporations and subsidiaries», *Emory Bankr. Dev. J.*, núm. 24 (2008), pp. 469 a 511.

BLUMBERG, P., «The increasing recognition of enterprise principles in determining parent and subsidiary corporation liabilities», *Conn. L. Rev.*, núm. 28 (1996), pp. 295 a 346; —*The Law of Corporate Groups-Bankruptcy*, Boston y Toronto [Little, Brown and Company], 1985.

BLUMBERG, P., y FOWLER, J., *2001 Supplement: The Law of Corporate Groups-Bankruptcy Law*, Gaithersburg y Nueva York [Aspen Law & Business], 2001.

BOLDÓ RODA, C., *El «levantamiento del velo» y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Madrid [Tecnos], 1993.

BONARDELL LENZANO, R., «Las uniones temporales de empresas y el concurso de acreedores», *RCP*, núm. 17 (2012), pp. 51 a 65.

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.

BONFANTI, M. A., y GARRONE, J. A., *Concursos y quiebras*, 5.^a ed., Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 1997.

BONFATTI, S., «Il “gruppo” di imprese nell’amministrazione straordinaria en el fallimento», *Dir. Banca*, núm. 1 (1999), pp. 3 a 40.

BONSIGNORI, A., «Il fallimento delle società di persone: gli aspetti processuali», en Galgano (dir.): *Il fallimento delle società*, tomo X, Padua [CEDAM], 1988, pp. 149 y ss.

- BRAUN, E., y UHLENBRUCK, W., *Unternehmensinsolvenz*, Düsseldorf [IDW], 1997.
- BRUDER, K., «Amt und Aufgaben des Insolvenzverwalters», en Wimmer; Dauernheim; Wagner y Gietl (eds.): *Handbuch des Fachanwalts. Insolvenzrecht*, 4.^a ed., Colonia [Luchterhand], 2010, pp. 80 a 82.
- BRÜNKMANS, C., *Die Koordinierung von Insolvenzverfahren konzernverbundener Unternehmen nach deutschem und europäischen Insolvenzrecht*, Berlín [Duncker & Humblot], 2009.
- BUENO CAMPOS, E., *Curso básico de Economía de la Empresa. Un enfoque de organización*, Madrid [Pirámide], 2001.
- BUFFORD, S. L., «Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice», *Northwest J. Int'l L. & Bus.*, núm. 27 (2007), pp. 351 a 420.
- BUSSEL, D. J., «Multiple Claims, *Ivanhoe* and Substantive Consolidation», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 17 (2009), pp. 217 a 232.
- CAIAFA, A., *Nuovo Diritto delle Procedure Concorsuali*, Padua [CEDAM], 2006.
- CÁMARA ÁGUILA, P., «Art. 163. Calificación del concurso», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 1747 a 1752;
—«Art. 166. Cómplices», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 1768 a 1770.
- CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Madrid [Civitas], 2000.
- CARNELUTTI, F., *Istituzioni del Processo Civile Italiano*, tomo I, 5.^a ed., Roma [Foro Italiano], 1956.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., «El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/11», *RCP*, núm. 17 (2012), pp. 145 a 153.
- CHEFFINS, B. R., *Company law*, Oxford [Oxford University Press], 1997.
- COLÁS ESCANDÓN, M.^a, «Art. 172. Sentencia de calificación», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 1802 a 1805.

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., «Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capitales en liquidación societaria o concursal», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, pp. 4805 a 4825;

—«El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art. 243 LSA)», *RdS*, núm. 16 (2001), pp. 39 a 70.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte General*, 4.ª ed., Valencia [Tirant Lo Blanch], 2010;

—*La Ley de Enjuiciamiento Civil. Aplicación práctica*, vol. II, Madrid [Tecnos], 2004.

COSTA, C., y PAPPALARDO, A., «Amministrazione straordinaria e gruppo di imprese», en Costa (dir.): *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Turín [Utet], 2008, pp. 667 a 694.

CREMADES GARCÍA, V., y ALACID BAÑO, L.M., «Lexnet: el reto de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia», *RFCSJ*, núm. 2 (2007), pp. 46 a 58.

CUADRADO PÉREZ, C., «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 215 a 258.

CUENA CASAS, M., «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 97 a 188.

CUESTA RUTE, J. M.^a, *El Convenio Concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2004.

CURIEL LORENTE, F., «Publicidad del Concurso», en Beltrán y García Cruces (dirs.): *Enciclopedia de Derecho concursal*, tomo II, Pamplona [Thomson Reuters-Aranzadi], pp. 2479 a 2483.

DASSO, A., *Derecho concursal Comparado*, tomos I y II, Buenos Aires [Legis], 2009, pp. 135 y 136.

DE FERRA, G., *Manuale di diritto fallimentare*, 2.ª ed., Milán [Giuffrè], 1998.

DE LA PLAZA, M., *Derecho procesal civil español*, 3.^a ed., Madrid [Revista de derecho privado], 1955.

DE SABATO, E., «Gruppi di imprese: dal fallimento all'amministrazione straordinaria», *Giur. comm.*, núm. 36 (2009), pp. 193 a 199.

DE SANCTIS, V. M., «A proposito del concetto di impresa», en *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, tomo II, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, pp. 53 a 61.

DE SEMO, G., *Diritto fallimentare*, 3.^a ed., Padua [CEDAM], 1961.

DELENEUVILLE, J. M., «La qualité de débiteur. Des difficultés de l'extension de procédure au sein des groupes de sociétés», *Rev. proc. coll.*, núm. 2 (2001), pp. 61 a 69.

DERRIDA, F., «À propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires», en *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris [Litec], núm 8 (1990),

DI MAJO, A., «Impresa di gruppo e attrazione nell'amministrazione straordinaria», *Il fallimento*, núm. 2 (2008), pp. 218 a 229.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Pamplona [Aranzadi], 2002.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso», *RDM*, núm. 273 (2009), pp. 1013 a 1040.

DÍAZ MORENO, A., «Art. 128. Oposición a la aprobación del convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2139 a 2168;
—«Art. 169. Tramitación de la oposición», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2169 a 2188;
—«De la aprobación judicial del convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2133 a 2135.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Art. 74. Finalidad de la acumulación de procesos», en De La Oliva; Díez-Picazo; Vegas y Banacloche, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid [Civitas], 2001, pp. 208 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomos I y II, 6.^a ed., Madrid [Civitas], 2008.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M.^a d. P., «De los concursos conexos», *RdP*, núm. 27 (2011), pp. 107 a 117.

DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., «Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho», en *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid [McGraw Hill], 2002, pp. 1299 a 1320.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Art. 3. Legitimación», en Pulgar Ezquerra; Alonso Ledesma; Alonso Ureba y Alcover Grau (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Dykinson], 2004, pp. 197 a 205;

—«Art. 25. Acumulación de concursos», en Pulgar Ezquerra; Alonso Ledesma; Alonso Ureba y Alcover Grau (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Dykinson], 2004, pp. 516 a 524;

—«El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal», en García Villaverde; Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra (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.

DUURSMA-KEPPLINGER, H. C., «Checkliste zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach der Europäischen Insolvenzverordnung und zum anwendbaren Recht», *NZI*, núm. 2 (2003), pp. 87 a 91.

EASTERBROOK, F. H., y FISCHER, D. R., «Limited liability and the corporation», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 52 (1985), pp. 89 y ss.;

—*The economic structure of corporate law*, Cambridge y Londres [Harvard University Press], 1996, pp. 40 y ss.

EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tubinga [Mohr Siebeck], 1998;

—«Das Verhältnis des Hauptinsolvenzverwalters zum Sekundärinsolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», *ZIP*, núm. 25-26 (2005), pp. 1104 a 1112;

—«Die neue Europäische Insolvenzverordnung und grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen», *EWS*, núm. 13 (2002), pp. 101 a 107;

—«Die Zusammenarbeit der Insolvenzverwalter bei grenzüberschreitenden Insolvenzen nach der EuInsVO», *ZWB*, núm. 59 (2005), pp. 397 a 405;

—«Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns», *DZWIR*, núm. 9 (1999), pp. 353 a 363;

—«Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenz», en Basedow; Drobni; Ellger; Hopt; Kötz; Kulms y Mestmäcker (eds.): *Aufbruch nach Europa*, Tubinga [Mohr Siebeck], 2001, pp. 337 a 361.

EIDENMÜLLER, H., «Aufstellung des Plans», en Kirchhof; Lwowski y Stürner (dirs.): *Insolvenzordnung. Münchener Kommentar*, Múnich [C. H. Beck], 2008, pp. 1657 a 1718;

—«Der Markt für internationale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO», *NJW*, núm. 48 (2004), pp. 3456 a 3459;
 —«Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen», *ZHR*, núm. 169 (2005), pp. 528 y ss.

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;
 —*Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, Granada [Comares], 2003;
 —«La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos», *RDM*, núm. 278 (2010), pp. 1373 a 1400.

EMMERICH, V.; SONNENSCHNEIN, J., y HABERSACK, M., *Konzernrecht*, 7.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 2001.

EMPARANZA, A., «Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital», *RDM*, núm. 281 (2011), pp. 13 a 45.

ESPINIELLA, A., «Proposals on the Reform of the Council Regulation (EC) 1346/2000 on Insolvency Proceedings», *ADCø*, núm. 24 (2011), pp. 229 a 239.

FAIRÉN GUILLÉN, V., «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid [Revista de Derecho Privado], 1955, pp. 125 a 154.

FARRAR, J. y DARROCH, A., «Insolvency and corporate groups –the problem of consolidation», en Lessing y Corkery (dirs.): *Corporate Insolvency Law* [Gold Coast], 1995, pp. 231 y ss.

FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M.^a, «Art. 101. Propuestas condicionadas», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1219 a 1221.
 —«El concurso de empresas del sector inmobiliario y la problemática de los grupos de empresa, aproximación práctica», en González Navarro (coord.): *Proceso concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras*, Valladolid [Lex Nova], 2009.

FERRÁNDIZ, J. R., «Comentario al artículo 3.5», en Fernández-Ballesteros (coord.): *Derecho concursal Práctico*, Madrid [La Ley], 2004, pp. 32 a 33.

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;
 —*Los créditos subordinados*, Pamplona [Aranzadi], 2006.

FERRER BARRIENDOS, A., «Art. 163. Calificación del concurso», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1661 a 1679;

—«Art. 166. Cómplices», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1709 a 1722;

—«Art. 168. Personación y condición de parte», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1728 a 1740;

—«Art. 169. Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1740 a 1755;

—«Art. 171. Oposición a la calificación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1762 a 1770;

—«Art. 172. Sentencia de calificación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 1770 a 1781.

FLASCHEN, E., y SILVERMAN, R., «Cross-border Insolvency Cooperation Protocols», *Tex. Int'l L. J.*, núm. 33 (1998), pp. 587 a 612.

FLETCHER, I. F., *Insolvency in Private International Law*, Nueva York [Oxford University Press], 2005;

—*Insolvency in Private International Law. Supplement to Second Edition*, Nueva York [Oxford University Press], 2007.

FLORES SEGURA, M., «En torno a la competencia judicial en materia de acumulación de concursos (ATS 10-04-2012)», *ADCo*, núm. 28 (2013), pp. 411 a 425;

—«La acumulación del concurso de la sociedad dominada al concurso de la sociedad dominante (ATS 22-12-2011)», *ADCo*, núm. 27 [2012], pp. 429 a 461;

—«La propuesta de reforma de la *Insolvenzordnung* en materia de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo», *ADCo*, núm. 29 (2013), pp. 441 a 458.

FLOWERS CONTI, J., «An Analytical Model for Substantive Consolidation of Bankruptcy Cases», *Business Law*, núm. 38 (1982-1983), pp. 855 a 865.

FRITZE, M., «Sanierung von Groß- und Konzernunternehmen durch Insolvenzpläne», *DZWIR*, núm. 17 (2007), pp. 89 a 93.

FROST, C., «Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups», *Hastings L. J.*, núm. 44 (1992), pp. 449 a 498.

FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Pamplona [Civitas], 2007.

GALGANO, F., «Il fallimento delle società di persone: gli aspetti sostanziali», en Galgano (dir.): *Il fallimento delle società*, tomo X, Padua [CEDAM], 1988, pp. 35 y ss.

GALLEGO, E., «La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades», *ADCo*, núm. 16 (2009), pp. 299 a 353.

GANTER, H., «§ 3. Örtliche Zuständigkeit», en *Münchener Kommentar-Insolvenzordnung*, 2.ª ed., Múnich [C. H. Beck], 2007, pp. 84 a 100.

GARCÍA-CRUCES, J. A., «Art. 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2513 a 2520;

—«Art. 164. Concurso culpable», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2521 a 2534;

—«Art. 166. Cómplices», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2540 a 2544;

—«Art. 172. Sentencia de calificación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, p. 2574 a 2602;

—*La calificación del concurso*, Pamplona [Aranzadi], 2004.

GARCÍA ROSTÁN, G., «La acumulación de concursos», *ADCo*, núm. 20 (2010), pp. 109 a 182;

—«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 Barriendos (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;

—«Art. 96. Impugnación del inventario y de la lista de acreedores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1709 a 1720;

—«Art. 134. Extensión subjetiva», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2221 a 2233;

—«Art. 162. Coordinación con pagos anteriores en fase de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2502 a 2509;

—*Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid [Civitas], 2000.

GARRIDO PALACIOS, J., y AIZPURU ARROYO, I., *La Fase Ejecutiva en el Proceso Laboral. Problemas derivados de la Acumulación de Ejecuciones*, Madrid [McGraw Hill], 1999.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Madrid [La Ley], 2000.

GIL CREMADES, R., *La Imparcialidad en la Función Pública*, Madrid [Scientia Iuridica], 2008.

GILBERT, J. S., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A premier», *Vand. L. Rev.*, núm. 43 (1990), pp. 207 a 243.

GINER, E., *La resolución del contrato en interés del concurso*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2012.

GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Barcelona [Marcial Pons], 2002.

GÓMEZ DE LIAÑO, R., «Lexnet y otros medios informáticos en la nueva organización de la administración de justicia», *Diario La Ley*, núm. 7039 (2008), pp. 1 a 9.

GÓMEZ MARTÍN, F., «Art. 169. Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2799 a 2803.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, 8.^a ed., Madrid [Artes Gráficas y Ediciones], 1976.

GONZÁLEZ CABRERA, I., «La responsabilidad concursal del administrador de hecho (a propósito del auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada de 30 de septiembre de 2011)», *RCP*, núm. 16 (2012), pp. 249 a 264.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., «Art. 3. Legitimación», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 48 a 76.

GONZÁLEZ GOZALO, A., «Propuestas condicionadas», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 1171 a 1173.

GONZÁLEZ LECUONA, M. M., «Art. 3. Legitimación», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2004, pp. 91 a 97;
—«Art. 25. Acumulación de concursos», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona [Aranzadi], 2004, pp. 255 a 258.

GONZÁLEZ PILLADO, E., *La Acumulación de Ejecuciones en el Proceso Laboral*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 1998.

GÖRING, B., «§ 147 Prozeßverbindung», en *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Darmstadt [Luchterhand], 1987, pp. 586 a 589.

GOTTWALD, P., *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, Múnich [C. H. Beck], 1997.

GOZALO LÓPEZ, V., *La quiebra por extensión*, Madrid [Colegios Notariales de España], 2001.

GRAEBER, T., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», en *Münchener Kommentar-Insolvenzordnung*, 2.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 2007, pp. 1681 a 1683;

—«Der Konzerninsolvenzverwalter – Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens», *NZI*, núm. 10 (2007), pp. 265 a 270;

—«Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsfeld zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit», *NZI*, núm. 6 (2003), pp. 569 a 585.

GRAEBER, T., y PAPE, G., «Der Sonderverwalter im Insolvenzverfahren», *ZIP*, núm. 21 (2007), pp. 991 a 999.

GRAF, U., y WUNSCH, I., «Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters», *DZWIR*, núm. 12 (2002), pp. 177 a 183.

GRAU, C., *Konsolidierung von Rechtsträgern einer Unternehmensgruppe in der Sanierung*, Hamburgo [Dr. Kovac], 2007.

GRAULICH, T., «Substantive Consolidation. A Post-Modern Trend», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 14 (2006), pp. 527 a 566.

GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid [Aguilar], 1943;

—*Derecho procesal civil*, 7.^a ed., Madrid [Thomson-Civitas], 2005.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 172.2-2.º LC», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2865 a 2888;

—«La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento del convenio: una reflexión crítica», *ADCo*, núm. 15 (2008), pp. 386 a 394.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, Madrid [La Ley], 2007.

HAAS, U., «§ 95 Konzern und Insolvenz», en Gottwald (ed.): *Insolvenzrechtshandbuch*, 4.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 2010, pp. 1686 a 1698.

HÄSEMAYER, L., *Insolvenzrecht*, 3.^a ed., Colonia, Berlín, Bonn y Múnich [Carl Heymanns], 2003.

HERRERO PEREZAGUA, J. F., «Comentario al artículo 188», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 1917 a 1921.

HESS, H., *Insolvenzrecht Großkommentar*, vol. I, Heidelberg [C. F. Müller], 2006.

HERNANDO CEBRIÁ, L., «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo», *RDM*, núm. 280 (2011), pp. 133 a 168.

HIDALGO GARCÍA, S., «Art. 166. Cómplices», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2755 a 2759.

HIGHTOWER, J., «The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy», *Ga. L. Rev.*, núm. 38 (2003), pp. 459 a 488.

HIRTE, H., «Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies», *ECFR*, vol. 5, núm. 2 (2008), pp. 213 a 236;
—«Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts», *ZIP*, núm. 10 (2008), pp. 444 a 449.

HÖLDERL FRAU, H. A., *El Convenio en la Quiebra y en la Ley Concursal*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2005.

HUALDE LÓPEZ, I., «El plan de liquidación y la enajenación unitaria de la empresa», *RCP*, núm. 8 (2008), pp. 475 a 489;
—*La Fase de Liquidación en el Proceso Concursal: Apertura, Efectos y Operaciones de Liquidación*, Pamplona [Aranzadi], 2008.

HURTADO IGLESIAS, S., «La reforma concursal. Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010», *RCP*, núm. 14 (2011), pp. 17 a 23.

INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, *Guidelines for coordination of multinational enterprise groups insolvencies*, París [International Insolvency Institute], 2012.

JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington D. C. [BeardBooks], 1986.

- JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, París [LexisNexis], 2007.
- JAEGGER, E., *Konkursordnung Großkommentar*, 6.^a ed., Berlín [Walter de Gruyter], 1936, § 78 Anm. 7;
- JIMÉNEZ ASENJO, E., «Teoría del objeto procesal», *RDPPriv*, núm. 396 (1950), pp. 244 a 256.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978», en Gómez Martínez (dir.): *La imparcialidad judicial*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2009, pp. 11 a 39.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Derecho Mercantil II*, Madrid [Marcial Pons], 2010.
- JUAN Y MATEU, F., «Art. 36. Responsabilidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 725 a 740.
- KAMBAS, W. J., «Protecting Debtor's Subsidiaries: Extending the Automatic Stay of 11 U.S.C. § 362 to Foreign Subsidiaries», *Conn. J. Int'l L.*, núm. 17 (2001-2002), pp. 127 a 148.
- KAMMEL, V., «Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen», *NZI*, núm. 6 (2006), pp. 334 a 338.
- KEBEKUS, F., «Hauptinsolvenzverfahren, Sekundärinsolvenzverfahren, Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen/ "EMBIGI"», *EWiR*, núm. 20 (2004), pp. 705 y 706.
- KEGGENHOFF, C., *Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren*, Hamburgo [Dr. Kovac], 2006.
- KILGER, J., y SCHMIDT, K., *Konkursordnung*, 16.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 1993.
- KLÖHN, L., «Verlegung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen iSd Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO vor Stellung des Insolvenzantrags», *KTS*, núm. 3 (2006), pp. 259 a 290.
- KLOPP, O., y KLUTH, T., «§ 22. Der Insolvenzverwalter», en Gottwald (ed.): *Insolvenzrechtshandbuch*, 4.^a ed., Múnich [C. H. Beck], 2010, p. 424.
- KORS, M. E., «Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation», *U. Pitt. L. Rev.*, núm. 59 (1997-1998), pp. 381 a 452.

KÜBLER, B., «Konzern und Insolvenz. Zur Durchstellung konzernmäßiger Sanierungsziele an den Beispielfällen AEG und Korb», *ZGR*, núm. 3 (1984), pp. 560 a 593.

KUHN, G., y UHLENBRUCK, W., *Konkursordnung*, 10.^a ed., Múnich [Franz Vahlen], 1986.

KUNZE, O., «Unternehmen und Gesellschaft», *ZHR*, núm. 147 (1983), pp. 16 a 26.

LANDERS, J. M., «A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 42 (1975), pp. 589 a 652;
—«Another Word on Parents, Subsidiaries, and Affiliates in Bankruptcy», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 43 (1975), pp. 527 a 540.

LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona [Ariel], 2001.

LARGO GIL, R., «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)», *RCP*, núm. 9 (2008), pp. 87 a 116;
—*La Fusión de Sociedades Mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Madrid [Civitas], 2000;
—«La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal», en A.A. V.V.: *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho concursal en homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, Madrid [Marcial Pons], 2007, pp. 2135 a 2154.

LARGO GIL, R., y HERNÁNDEZ SAINZ, E., «La imputación de responsabilidad civil en el seno de los grupos de sociedades», en De Val Tena y Rivero Lamas (coords.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «Outsourcing»*, Pamplona [Aranzadi], 2003, pp. 405 a 437.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada [Comares], 2003.

LEIPOLD, D., «§ 147 Prozeßverbindung», en Stein y Jonas (dirs.): *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22.^a ed., Tubinga [Mohr Siebeck], 2004, pp. 360 a 369.

LEITHAUS, R., «Veranstaltung zu grenzüberschreitenden Insolvenzen in der Insolvenzpraxis in Köln», *NZI*, núm. 4 (2004), pp. 194 y 195.

LEVY, C., «Joint Administration and Consolidation», *Comm. L. J.*, núm. 85 (1980), pp. 538 a 541.

- LIBONATI, B., *Il gruppo insolvente*, 2.^a ed., Florencia [Nardini], 1983.
- LIEDER, S., «Grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen – Ende eines Irrweges?», en Smid (dir.): *Schriften zum Deutschen, Europäischen und Internationalen Insolvenzrecht*, Berlín [De Gruyter], 2007, pp. 99 a 109.
- LLADÓ LEÓN, J. M.^a, *El administrador judicial*, Barcelona [Marburi], 2001.
- LLEBOT, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid [Civitas], 1996,
- LÓPEZ APARCERO, A., «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *ADCo*, núm. 26 (2012), pp. 251 a 272.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M., *La condición suspensiva en los contratos*, Madrid [Montecorvo], 2000.
- LÓPEZ MÁÑEZ, L. E., «Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003», *RCP*, núm. 16 (2012), pp. 143 a 170.
- LÜKE, W., «Der Sonderinsolvenzverwalter», *ZIP*, núm. 36 (2004), pp. 1693 a 1699.
- LUTTER, M., «Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa», *ZGR*, núm. 16 (1987), pp. 324 a 369.
- LUTTER, M.; SCHEFFLER, E., y SCHNEIDER, U., «Der Konzern als finanzwirtschaftliche Einheit», en Lutter; Scheffler y Schneider (eds.): *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Colonia [Otto Schmidt], 1998, pp. 1 a 29.
- MACHADO PLAZAS, J., «Comentario al artículo 35», en Sala; Mercadal y Alonso-Cuevillas (coords.): *Nueva Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2003, p. 217.
- MACKINNON, J., «Substantive Consolidation: The Back Door to Involuntary Bankruptcy», *San Diego L. Rev.*, núm. 23 (1986), pp. 203 a 226.
- MAFFEI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padua [CEDAM], 2000.
- MAMBRILLA RIVERA, V., «Art. 167. Formación de la sección sexta», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2761 a 2789;
—«Art. 168. Personación y condición de parte», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2791 a 2797;

—«Art. 172. Sentencia de calificación», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2833 a 2864.

MANDRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile*, tomos I y II, 19.^a ed., Turín [G. Giappichelli], 2007.

MANKOWSKI, P., «Internationale Zuständigkeit in Insolvenzachen, Konzerninsolvenz/“Rover“», *EWiR*, núm. 21 (2005), pp. 637 a 638.

—«Insolvenzverfahren, internationale Zuständigkeit, EU-Staaten, Kollision/“ISA III“», *EWiR*, núm. 19 (2003), pp. 1239 y 1240.

MANÓVIL, R. M., *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 1998.

MARTÍN REYES, M.^a A., «La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores», *RDM*, núm. 277 (2010), pp. 835 a 898.

MARTÍN Y MARTÍN, J. A., «Artículos 76 a 97», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid [Lex Nova], 2000, pp. 688 a 690.

MARTÍNEZ CASADO, V., «El tratamiento de la insolvencia de un grupo de sociedades francés implantado en España», *ADCo*, núm. 21 (2010), pp. 235 a 256.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La sociedad de gananciales», en Martínez de Aguirre (coord.): *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de familia*, Madrid [Colex], 2007, p. 225.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Eficacia del embargo preventivo y su alcance frente a terceros*, Pamplona [Aranzadi], 2006.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Art. 33. Recusación», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 298 a 303.

MARTÍNEZ FERBER, M., *European Insolvency Regulation. Substantive Consolidation, the Threat of Forum Shopping and a German Point of View*, Bornheim [Ditmar Weis], 2004.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 43. Conservación y administración de la masa activa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 889 a 902;

—«Art. 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 903 a 925;

- «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1117 a 1161;
- «Art. 62. Resolución por incumplimiento», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1162 a 1173;
- La junta general de la sociedad concursada*, Pamplona [Aranzadi], 2012.

MAZZOCA, D., *Manuale di diritto fallimentare*, 2.^a ed., Nápoles [Jovene], 1986.

MAZZONI, A., «L'impresa tra diritto ed economia» en *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, tomo II, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, pp. 177 a 194.

MELERO BOSCH, L. V., «Hacia la societarización de la administración concursal», *RCP*, núm. 15 (2011), pp. 249 a 260.

MENJUCQ, M., «EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies», *ECFR*, núm. 5 (2008), pp. 135 a 147.

MERCADAL VIDAL, F., «Art. 3. Legitimación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 41 a 53;

—«La extensión del embargo preventivo (*ex art. 48.3 LC*) a la sociedad dominante de la concursada (En torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao)», *ADCo*, núm. 14 (2008), pp. 373 a 388.

MERTENS, H. J., «Empfiehl sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?», *ZGR*, núm. 3 (1984), pp. 542 a 559.

MESA, C., «La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales», *ADCo*, núm. 24 (2011), pp. 167 a 178.

MEVORACH, I., «Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View», *EBOR*, núm. 8 (2007), pp. 179 a 194;

—*Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford [Oxford University Press], 2009;

—«The “home country” of a multinational enterprise group facing insolvency», *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 57-2 (2008), pp. 427 a 448.

MIGUENS, H. J., *El grupo insolvente*, Buenos Aires [Abeledo-Perrot], 2009.

MOHRBUTTER, H., «Eröffnung des Konkursverfahrens», en Mohrbutter (ed.) *Handbuch der Insolvenzverwaltung*, Múnich [Carl Heymanns], 1997, pp. 48 a 49.

MORÁN BOVIO, D., «Conclusión en UNCITRAL del acto segundo sobre las tareas acerca de la insolvencia», *AFDAH* (2010), pp. 55 a 72.

MORRAL SOLDEVILLA, R., «Art. 33. Recusación», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 375 a 380;

—«Art. 35. Ejercicio del cargo», en Sagrera Tizón; Sala Reixachs y Ferrer Barriendos (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona [Bosch], 2004, pp. 388 a 397.

MOSS, G., «Group Insolvency - Choice of Forum and Law: The European Experience under the Influence of English Pragmatism», *Brook. J. Int'l L.*, núm. 32 (2007), pp. 1005 a 1018.

MOSS, G.; FLETCHER, I., e ISAACS, S., *The EC Regulation on Insolvency Proceedings, A commentary and annotated Guide*, Oxford [Oxford University Press], 2002.

MOYA BALLESTER, J., «Las uniones temporales de empresas: concepto y régimen jurídico aplicable», *RDM*, núm. 282 (2011), pp. 155 a 186.

MUCCIARELLI, G., «Impresa e impresa del gruppo nella nuova legge sull'amministrazione straordinaria», *Riv. soc.*, núm. 45 (2000), pp. 868 a 951.

MÜLBERT, P., «Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht», *ZHR*, núm. 163 (1999), pp. 1 a 49.

MUÑOZ GARCÍA, C., «Cuentas indistintas de titularidad conyugal. Protección de derecho de crédito del cónyuge no concursado», en Cuenca Casas (coord.): *Familia y concurso de acreedores*, Pamplona [Civitas], 2010, pp. 189 a 213.

MUÑOZ GONZÁLEZ, L., «La acumulación de procesos al concurso», *ADCo*, núm. 4 (2005), pp. 117 a 170.

MUÑOZ PAREDES, M.^a J., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Pamplona [Aranzadi], 1999.

MUÑOZ PÉREZ, A. F., «¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?», *RCP*, núm. 3 (2005), pp. 327 a 329.

NATHAN, R. «Controlling the Puppeteers: Reform of Parent-Subsidiary Law in New Zealand», *Canterbury L. Rev.*, núm. 3 (1986), pp. 1 a 34.

NIGRO, A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milán [Giuffrè], 1974;

—*L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Roma [Melissa], 2000.

NIGRO, A., y VATTERMOLI, D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concursali*, 2.ª ed., Bologna [Mulino], 2012.

NISIO, S., «Sui concetti di connessione e di atto processuale nel fallimento», *Dir. fall.*, núm. 29 (1954), pp. 213 a 217.

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;

—«Los motivos de la reforma de la Ley Concursal», *RCP*, núm. 17 (2012), pp. 23 a 30.

ORDUÑA, F. J., y PLAZA, J., «Art. 77. Bienes conyugales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1407 a 1413.

ORELLANA CANO, N. A., «Presupuestos de la declaración de concurso», en Sanjuán Muñoz (coord.): *Competencias de los Juzgados de lo Mercantil*, Valencia [Tirant Lo Blanch], 2008, pp. 917 a 1024.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, 10.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2010;
—*El embargo preventivo*, Barcelona [Bosch], 1984.

ORTIZ NAVACERRADA, S., *Pluralidad de Acreedores en Proceso de Ejecución Singular*, Madrid [La Ley], 1996.

OSTRIN, B., «A proposal to limit the availability of substantive consolidation of solvent entities with bankrupt affiliates», *Comm. L. J.*, núm. 91 (1986), pp. 351 a 363.

OTTOLENGHI, S., «From Peeping Behind the Corporate Veil, to ignoring it completely», *MLR*, núm. 53 (1990), pp. 338 a 353.

PAJARDI, P., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 5.ª ed., Milán [Giuffrè], 1998.

PANNEN, K., y RIEDEMANN, S., «Der Begriff des “centre of main interests” i.S. des Art. 3 I 1 EuInsVO im Spiegel aktueller Fälle aus der Rechtsprechung», *NZI*, núm. 12 (2004), pp. 646 a 651.

PAPE, G., y UHLENBRUCK, W., *Insolvenzrecht*, Múnich [C. H. Beck], 2002.

PAPPALARDO, A., «Le società con soci illimitatamente responsabili», en Costa (dir.): *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Turín [Utet], 2008, pp. 127 a 138.

PAULUS, C., «Group Insolvencies - Some Thoughts About New Approaches», *Tex. Int'l L. J.*, núm. 42 (2006-2007), pp. 819 a 830;
 —«Tochtergesellschaft, Hauptinsolvenzverfahren/"Hettlage-Österreich"», *EWiR*, núm. 20 (2004), pp. 493 a 494;
 —«Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht», *ZIP*, núm. 44 (2005), pp. 1948 a 1955;
 —«Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht», *ZGR*, núm. 39 (2010), pp. 270 a 294.

PAZ-ARES, C., «La infracapitalización. Una aproximación contractual», *RdS*, núm. extr. (1994), pp. 253 y ss.

PENZLIN, D., y RIEDEMANN, S., «Bestimmung des Mittelpunkts der hauptsächlichsten Interessen des Schuldners – MG Rover – Anmerkung», *NZI*, núm. 8 (2005), pp. 469 a 471.

PERDICES HUETOS, A., «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran», *RdS*, núm. 18 (2001), pp. 277 a 287.

PERRINO, M., «La liquidazione dei beni nel fallimento e nei concordati mediante cessione», en AA. VV.: *Studi per Franco di Sabato: Impresa e procedure concorsuali*, tomo II, Nápoles [Edizioni Scientifiche Italiane], 2009, pp. 725 a 747.

PETER, H., «Bankruptcy and Reorganisation Trigger Criteria: From a Retrospective (Balance Sheet) to a Prospective (Cash Flow) Test», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 33 a 38;

—«Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How?», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 199 a 212.

POLO, E., «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en Uría-Menéndez y Olivencia (dirs.): *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo VI, Madrid [Civitas], 1992.

POSNER, R. A., «The rights of creditors of Affiliated Corporations», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 43 (1975), pp. 499 a 526.

PREDKO, C., «Substantive Consolidation Involving Non-Debtors: Conceptual and Jurisdictional Difficulties in Bankruptcy», *Wayne L. Rev.*, núm. 41 (1994-1995), pp. 1741 a 1772.

PRENTICE, D., «Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom», *Conn. J. Int'l L.*, núm. 13 (1998-1999), pp. 305 a 328.

PRESENCIA CRESPO, F., «Legitimación activa y pasiva para el ejercicio de la acción de impugnación. El proceso de impugnación de acuerdos sociales», en Presencia Crespo (dir.): *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2007, pp. 13 a 52.

PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., Madrid [Tecnos], 1989.

PROVINCIALI, R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milán [Giuffrè], 1974.

PROVINCIALI, R., y RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padua [CEDAM], 1988.

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;

—*La declaración del concurso de acreedores*, Madrid [La Ley], 2005;

—«Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa», *RDM*, núm. 266 (2007), pp. 889 a 940;

—«Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril», *Diario La Ley*, núm. 7265 (2009).

QUIJANO, J., «Art. 238: Acción social de responsabilidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid [Civitas], 2011, pp. 1708 a 1715.

QUINTERO DE PRIETO, B., «Proceso con partes plurales», *REP*, núm. 33 (1980), pp. 67 a 94.

RAFFAELLI, G. A., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Milán [Giuffrè], 1932.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., Barcelona [Bosch], 1992.

RASMUSSEN, R., «The Problem of Corporate Groups, A Comment on Professor Ziegel», *FJCFLL*, núm. 7 (2001), pp. 395 a 405.

RASMUSSEN, R., y THOMAS, R., «Timing Matters: Promoting Forum Shopping by Insolvent Corporations», *Northwest. U. L. Rev.*, núm. 94 (1999-2000), pp. 1357 a 1408.

RATTUNDE, R., «Sanierung von Großunternehmen durch Insolvenzpläne - Der Fall Herlitz», *ZIP*, núm. 13 (2003), pp. 596 a 600.

RECALDE, A., «Art. 74. Plazo de presentación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1339 a 1345;

—«Art. 75. Estructura del informe», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1347 a 1355;

—«Art. 80. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1441 a 1466.

REDENTI, E., *Diritto Processuale Civile*, 3.^a ed, tomo II, Milán [Giuffrè], 1953.

RESNICK, A., y SOMMER, H., *Collier on Bankruptcy*, 15.^a ed. (revisada), San Francisco [LexisNexis], 2007.

RIEBLER, V., y KOLBE, S., «Konzernmitbestimmung in der Insolvenz», *KTS*, núm. 70 (2009), pp. 281 a 316.

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.

RIVERO GONZÁLEZ, M., *Tratado Básico de Derecho procesal civil*, Pamplona [Aranzadi], 2009.

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.

RODRÍGUEZ PINTO, M.^a S., *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho privado español*, Madrid [Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España], 2005.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, Pamplona [Aranzadi], 1994, pp. 218 y ss.

ROJO, A., «Art. 1. Presupuesto subjetivo», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 141 a 163;

—«Art. 3. Legitimación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 194 a 224;

—«Art. 6. Solicitud del deudor», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 244 a 275;

—«Art. 99. Requisitos formales de la propuesta de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1856 a 1863;

—«Art. 100. Contenido de la propuesta de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1864 a 1899;

—«Art. 101. Propuestas condicionadas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1900 a 1906;

—«Art. 111. Auto de apertura y convocatoria de la junta de acreedores», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1997 a 2007;

—«Art. 115. Tramitación de la propuesta», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2036 a 2043;

—«Art. 133. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2212 a 2220;

—«Art. 140. Incumplimiento», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2276 a 2289;

—«De la propuesta anticipada de convenio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1928 a 1930;

—«La reforma del Derecho concursal español», en Rojo (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid [Civitas], 2003, pp. 87 a 130;

—«Los grupos de sociedades en el Derecho español», *RDM*, núm. 220 (1996), pp. 457 a 484.

ROJO, A., y BELTRÁN, E., «Comentario previo al Título V», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 1849 a 1852.

ROJO, A., y TIRADO, I., «Art. 21. Auto de declaración de concurso», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 469 a 496.

ROMERO SEGUEL, A., *La acumulación inicial de acciones en el Derecho procesal español*, Barcelona [CEDECS], 1999.

ROSENDE VILLAR, C., «Art. 163. Calificación del concurso», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.^a ed., Pamplona [Aranzadi] 2009, pp. 547 a 560;

—«Art. 164. Concurso culpable», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.^a ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 560 a 578;

—«Art. 166. Cómplices», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.^a ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 587 a 597;

—«Art. 168. Personación y condición de parte», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 606 a 611;

—«Art. 169. Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 612 a 619;

—«Art. 172. Sentencia de calificación», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, 2.ª ed., Pamplona [Aranzadi], 2009, pp. 632 a 654.

ROTSTEGGE, J., «Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz in- und ausländischer Konzerngesellschaften», *ZIP*, núm. 21 (2008), pp. 955 a 962.

ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras*, 15.ª ed., Buenos Aires [Astrea], 2010.

RUBIO, J., *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid [Consejo Superior de Investigaciones Científicas], 1950.

SABEL, O., «Hauptsitz als Niederlassung im Sinne der EuInsVO», *NZI*, núm. 3 (2004), pp. 126 a 128.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª, «El concepto de grupo en la Ley Concursal», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid [Marcial Pons], 2005, pgs. 2313 a 2327;

—«Grupos de sociedades y responsabilidad de administradores», *RDM*, núm. 227 (1998), pp. 117 a 153.

SÁNCHEZ CALERO, F., «Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos», *RDM*, núm. 21 (1956), pp. 7 a 50;

—«Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica en homenaje al profesor José Girón Tena*, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ-CALERO, J., «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», *ADCo*, núm. 5 (2005), pp. 7 a 60;

—«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.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Art. 168. Personación y condición de parte», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Tecnos], 2004, pp. 1779 a 1784.

SÁNCHEZ RUS, H., y SÁNCHEZ RUS, A., «Art. 23. Publicidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 504 a 511.

SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Barcelona [Nauta], 1964.

SARAZÁ, R., «Responsabilidad concursal y grupos de sociedades», *ADCo*, núm. 10 (2007), pp. 229 a 264.

SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, tomo I, Milán [Vallardi], 1959;
—*Diritto fallimentare*, 2.^a ed., Padua [CEDAM], 1990.

SCHEEL, H., *Konzerninsolvenzrecht*, Colonia [Otto Schmidt], 1993.

SCHMIDT, K., «Was ist, was will und was kann das Konzernrecht des Aktiengesetzes?», en Schweizer; Burkert y Gasser (eds.): *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, Zúrich [Schulthess], 2002, pp. 551 a 568;
—*Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen (Befunde, Kritik, Perspektiven)*, Colonia [Kommunikationsforum], 1990.

SCHUPP, R., «Substantive Consolidation: the Evolution and Use of an Equitable Power», *Comm. L. J.*, núm. 96 (1991), pp. 418 a 430.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Madrid [Civitas], 2009.

SEGOVIANO, M.^a L., «Comentario al artículo 555», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid [Lex Nova], 2000, pp. 2734 a 2746.

SENÉS, C., «Art. 188. Autorizaciones judiciales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2766 a 2769;
—«Art. 191. Contenido del procedimiento abreviado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 2784 a 2790;
—«D. F. 5.^a Derecho procesal supletorio», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 3123 a 3125.

SESTER, P., «Plädoyer gegen ein materielles Konzerninsolvenzrecht», *ZIP*, núm. 47 (2005), pp. 2099 a 2101.

SIERRA, E., «La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa», *ADCo*, núm. 24 (2011), pp. 49 a 95.

SKEEL, D., «Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 229 a 233.

SMID, S., *Insolvenzordnung*, Stuttgart [Kohlhammer], 1998.

SPIOTTA, M., *Il curatore fallimentare*, Bolonia [Zanichelli], 2010.

STAAK, K. S., «Mögliche Probleme im Rahmen der Koordination von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)», *NZI*, núm. 12 (2004), pp. 480 a 486.

STADLER, A., «§ 147 Prozeßverbindung», en Musielak (ed.): *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 7.^a ed., Múnich [Franz Vahlen], 2009, pp. 697 a 699.

STAEHELIN, D., «No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 213 a 219.

TAYLOR, S., «Practical Difficulties in Handling Group Insolvencies», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 247 a 253.

TERREROS, G., «Grupos de sociedades y concurso de acreedores», *ADCo*, núm. 18 (2009), pp. 245 a 283.

TIRADO, I., «Art. 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 569 a 590;

—«Art. 31. Especialidades de la aceptación» Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 640 a 644;

—«Art. 37. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 741 a 754;

—«Art. 334. Derecho de oposición de los acreedores de sociedades anónimas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid [Civitas], 2011, pp. 2412 a 2418;

—*Los administradores concursales*, Pamplona [Civitas], 2005;

—«Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», *ADC*, núm. 62 (2009), pp. 1055 a 1107.

TRICOT, V. D., «La confusion des patrimoines et les procédures collectives», *Rapport de la Cour de Cassation*, París [La Documentation Française], 1997, pp.165 a 171.

TSCHERNIG, K., *Haftungsrechtliche Probleme der Konzerninsolvenz. Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik grenzüberschreitender Konzerninsolvenzen*, Fráncfort del Meno [Lang], 1995.

TUCKER, J. M., «Grupo Mexicano and the Death of Substantive Consolidation», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 8 (2000), pp. 427 a 451.

UHLENBRUCK, W., «§ 56. Bestellung des Insolvenzverwalters», en Uhlenbruck (ed.): *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a ed., Múnich [Franz Vahlen], 2003, pp. 1035 a 1037;
—«Konzerninsolvenzrecht als Problem der Insolvenzrechtreform», *KTS*, núm. 47 (1986), pp. 419 a 428;
—«Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan?», *NZI*, núm. 2 (1999), pp. 41 a 44.

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y MUÑOZ PLANAS, J. M.^a, «La Junta General de Accionistas», en Uría; Menéndez y Olivencia (dirs.): *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo V, Madrid [Civitas], 1992, p. 357.

VALLENDER, H., «Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuInsVO – eine neue Herausforderung für Insolvenzgerichte-», *KTS*, núm. 69 (2008), pp. 59 a 78.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, Madrid [La Ley], 2005.

VATTERMOLI, D., *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milán [Giuffrè], 2012;
—«Grupos insolventes y “consolidación” de patrimonios (*substantive consolidation*)», *ADCo*, núm. 24 (2011), pp. 19 a 48;
—«La subordinazione “equitativa” (equitable subordination)», *Riv. soc.*, núm. 54 (2009), pp. 1390 a 1418.

VELA TORRES, P. J., «Acumulación de concursos. Referencia a los grupos de sociedades», *RCP*, núm. 5 (2006), pp. 269 a 274.

VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Art. 101. Propuestas condicionadas», en Sánchez-Calero y Guilarte (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid [Lex Nova], 2004, pp. 2173 a 2177;
—«Art. 148. Plan de liquidación», en Pulgar Ezquerria; Alonso Ureba; Alonso Ledesma y Alcover Garau (dirs.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid [Dykinson], 2004.

VICENT CHULIÁ, F., «Grupos de sociedades y conflictos de intereses», *RDM*, núm. 280 (2011), pp. 19 a 43.

VIRGÓS, M., «The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View», *Forum Internationale*, núm. 25 (1998).

VIRGÓS, M., y GARCIMARTÍN, F., «Art. 10. Competencia Internacional y Territorial», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid [Civitas], 2004, pp. 319 a 343;

—*Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid [Civitas], 2003;

— *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, La Haya [Kluwer Law], 2004.

VIRGÓS, M., y SCHMIT, E., *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, Doc. 6500/96 del Consejo de la Unión Europea.

WEBBER, E., «Consensual Substantive Consolidation: Comments on the Working Papers of Professor Skeel and Dr. Staehelin», en Peter; Jeandin y Kilborn (dirs.): *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zúrich [Schulthess], 2006, pp. 235 a 246.

WELLER, M. P., «Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht?», *IPRax*, núm. 24 (2004), pp. 412 a 417;

—«Inländische Gläubigerinteressen bei internationalen Konzerninsolvenzen», *ZHR*, núm. 169 (2005), pp. 570 a 593.

WES, E. J., «Substantive Consolidation in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach», *CLR*, núm. 65 (1977), pp. 720 a 743.

WIDEN, W. H., «Report to the American Bankruptcy Institute: Prevalence of Substantive Consolidation in Large Public Company Bankruptcies from 2000 to 2005», *Am. Bankr. Inst. L. Rev.*, núm. 16 (2008), pp. 1 a 36.

WIEDEMANN, H. *Gesellschaftsrecht*, tomo I, Munich, 1980, p. 229.

YANES YANES, P., «La calificación del concurso», en Pulgar Ezquerro (dir.): *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, Madrid [La Ley], 2012.

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.

BIBLIOGRAFÍA

ZIEGEL, J., «Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada - United States Perspective», *FJCFI*, núm. 7 (2001), pp. 367 a 393.

ANEXOS*

* Se incluyen a continuación el resumen y las conclusiones de la tesis doctoral en inglés, como requisito necesario para la obtención de la «Mención Europea» en el Título de Doctor.

SUMMARY

The new category of «connected insolvency proceedings» was not expressly considered by the Spanish Insolvency Act (*Ley Concursal, LC*) until the amendment performed by Act 38/2011, 10th of October, that created a new chapter III in Title I, precisely with said label. Before the amendment, however, connected insolvency proceedings were regulated, but scarcely and in a scattered way (v., former articles 3.5, 25 and 101.2 *LC*). Although the amendment improved significantly the abrogated regulation (at least with regard to the topic under discussion), the final result is not fully satisfactory. On the contrary, as will be shown throughout this research, connected insolvency proceedings remain an obscure issue, with multiple points to develop and many unanswered questions.

This doctoral thesis has three well-differentiated parts. The first one begins with an exposition of the different (and extremely heterogeneous) types of connected insolvency proceedings contained in the Spanish Insolvency Act and sets forth a definition of the kind of connection that the law-maker deemed of enough entity so as to enable the possibility of a special treatment for them. Then, the function of said treatment is rebuilt around two core ideas: the traditional principle of separation between insolvency proceedings and the interest of these proceedings. According to the suggested theoretical frame, it is the interest the insolvency proceedings what justifies deviations from the separation between them. In other words, the specific and optional regime set up for connected insolvency proceedings aims at a better achievement of the main goal of insolvency proceedings, that is, the payment of creditors. Moreover, the adoption of a functional perspective not only helps to rebuild the abstract purpose of the regulation of connected insolvency proceedings, but also to determine, in each particular case, whether that specific treatment is convenient and advisable.

Depending on the extent that the separation between insolvency proceedings is modulated, two main models can be identified: the model of coordination and the model of consolidation, to which, respectively, the second and the third parts of the research are devoted.

The procedural coordination model of the Spanish Insolvency Act is based on the «accumulation» or «aggregation» of proceedings. After exploring the similarities and differences with other related figures, and after reaching conclusions regarding its nature, the doctoral thesis describes in detail the two modalities of said accumulation: the initial and the subsequent one. More precisely, we inquire on the procedure to decide upon the former, insisting on the need not to transfer directly and automatically the civil general procedure rules established for the joining of actions or procedures. On the contrary, these general rules should be adapted to the core principles and goals of the insolvency proceedings. The second part of the research also goes through the main coordination instruments. Organic measures such as the appointment of a single judge or

a single insolvency representative are deeply analyzed. This analysis will point out the pros and cons of each measure and the possible ways to minimize its impact (often inspired in foreign law). In addition, we explore the procedural measures that can be taken to coordinate the insolvency proceedings, paying special attention to their solution.

The third part of the research is fully devoted to the consolidation of the connected debtors' estates and its admissibility under Spanish law. After the amendment performed by Act 38/2011, 10th October, this consolidation seems indeed to be allowed. However, substantial consolidation implies a deep breach with the principles inspiring the Spanish legal system (especially, separate legal personality and limited liability). A thorough analysis of this measure is undertaken, including its differentiation from other similar measures (such as piercing the corporate veil) and a description of its effects, mainly with regard to creditors. Additionally, the typical circumstances under which consolidation has been granted are studied on the basis of the US case-law, and compared with the Spanish regime. Likewise, the convenience of extending the consolidation to other circumstances (not expressly foreseen by the law) is discussed. With regard to the procedure to grant the consolidation, and taking into account the absolute lack of legal provisions, this research purports to its reconstruction. Finally, the important issue of the protection of creditors affected by the consolidation (and its tension with the equal treatment among them) is addressed.

In conclusion, this doctoral thesis aims at revealing an incomplete regulation of connected insolvency proceedings, that has barely apprehended a minimum part of the complexity of the subject and that, therefore, in spite of being a good start, must be soundly complemented.

CONCLUSIONS

PART ONE: REGARDING CONNECTED INSOLVENCY PROCEEDINGS IN GENERAL

I.- Traditionally, the regulation of connected insolvency proceedings has been based on the separation between them. A separate treatment, however, may sometimes lead to lacks of coordination and inefficiencies. Therefore, depending on the case, it may be convenient to deviate from the strict separation between the proceedings. From a functional perspective, said deviations may be justified by the interest of the proceedings. The specific treatment deserved by connected insolvency proceedings aims essentially to maximize the payment to creditors.

II.- Depending on the intensity with which the separation between the proceedings is affected, two main models may be distinguished: the coordination of the proceedings and the consolidation of the estates. While, in the coordination model, the separation is merely alleviated, in the consolidation model the separation is completely eliminated. After the amendment performed by Act 38/2011, 10th of October, the Spanish Insolvency Act establishes a hybrid regulation, in which the general rule is a coordinated processing but, exceptionally, the consolidation of the states is allowed.

III.- One of the main features of the regulation of connected insolvency proceedings is its flexibility, since it is mainly optional and does not impose any duties. On the contrary, it only enables some possibilities. Depending on the interest of the connected insolvency proceedings (*rectius*, on the interests of them) and on the effects that the optional measures to adopt may have upon it, the convenience of their adoption might be balanced. In case the interests of the connected insolvency proceedings converge (that is to say, when a certain measure benefits them all), no further problems do exist. On the contrary, difficulties arise when said interests diverge or collide, and when the adoption of a certain measure will benefit one of the proceedings and be detrimental to another. In order to solve this situation, it is possible to use efficiency criteria, among which the Kaldor-Hicks criterion is better than the Pareto criterion.

IV.- With regard to the kind of connection that is relevant between two or more insolvency proceedings (objective, subjective or mixed), the analysis of the highly heterogeneous cases that the Spanish Insolvency Act lists shows that the bond that matters has a mixed nature, since it includes both merely subjective connections based on the debtors' personalities, and objective connections based on organizative or financial aspects.

V.- The list of connected insolvency proceedings of the Spanish Insolvency Act is, apparently, *numerus clausus*. A closed list implies that there may be cases not included in any of its categories but, however, that could benefit from the specific treatment enabled for connected proceedings (for example, the insolvency proceedings of relatives in the

ascending or the descending line, brothers and sisters, or societies that, despite not forming a group of companies in the sense of the Spanish Commerce Code, form indeed an economic unit. This disadvantage could be solved through the inclusion of a general clause that would allow the inclusion of other cases not included in the current list in the category of connected insolvency proceedings.

PART TWO: REGARDING PROCEDURAL COORDINATION

VI.- The procedural coordination model of the Spanish Insolvency Act is based on the «accumulation» or «aggregation» of proceedings. However, said aggregation is not a subspecies of the joinder of actions, proceedings or parties. The accumulation of insolvency proceedings, either ab initio or subsequent, is an autonomous and differentiated figure. Nevertheless, they may not share some common features (such as, for instance, the fact of aiming at procedural savings) and it may be necessary to complete the former's regulation with the latter ones, especially regarding procedural aspects. This complementation should not be done automatically, but, on the contrary, with a previous adaptation of the civil procedural law provisions to the idiosyncrasies of the insolvency proceedings.

VII.- Despite the fact that the effects of both the ab initio and the subsequent accumulation of insolvency proceedings are substantially identical, in accordance with the literal content of the Spanish Insolvency Act the latter is preferred with respect to the former. Indeed, the cases in which the subsequent accumulation may be granted are more numerous. This asymmetric regulation seems to forget that the benefits to be expected from the accumulation of proceedings will be larger the sooner it is granted.

VIII.- One of the central aspects of the procedural coordination of connected insolvency proceedings (and a necessary consequence of their accumulation) is the concentration (or extension) of the jurisdictional powers in order to handle all of them. This measure, which involves great advantages (the use of information, a better exploitation of judicial energy, the avoidance of contradictory rulings, an efficient and harmonized development of the different proceedings, etc.), can also imply certain disadvantages which have not been foreseen by the Spanish law-maker.

IX.- Extending jurisdictional powers may lead to distance-related problems. When the insolvency proceedings of various connected debtors (that have dispersed centres of main interests) are handled by the same judge, the principle of proximity of said judge with the economic context, the creditors and each debtor's estate is no longer operative. Moreover, an increase of the distance may also lead to an increase of the costs for some parties (representation, defense, communications and journey expenses) and be especially problematic regarding labour conflicts. Some of said disadvantages may be overcome with the procedural use of telematic means.

X.- Handling several connected insolvency proceedings before the same judge may lead to conflicts of duties, especially when the adoption of a certain measure may benefit one of them and, at the same time, be harmful to another. In such cases, the judge should not make a decision by his own motion, since otherwise he may violate his impartiality and independence.

XI.- The extension of jurisdictional powers opens the door to forum shopping. Despite the fact that, internationally, forum shopping not only alters the judge, but also the applicable law (and hence its gravity), at a domestic level it is also reprehensible because, although the applicable law is the same, the concentration of various insolvency proceedings before the same judge might aim at getting away their handling from a certain judge or to delay it by its concentration before a particularly busy one.

XII.- Among the available measures to avoid forum shopping, it is possible to control the judicial powers (at the judge's own initiative or at a party's initiative). It is also possible to establish some restrictions on the capacity to apply for the accumulation (so as to hinder that it remains at the debtor's or its legal representatives' will). This option has been, however, disregarded in the current version of the Spanish Insolvency Act, which widens the capacity to apply to the point of not establishing any restriction to it.

XIII.- Forum shopping is closely related to the criteria that are used to determine the competent judge, which may be objective or time-based. Both have great advantages, but also considerable disadvantages. The Spanish law-maker has made a mixed choice, with a prevalence of objective criteria (the centre of main interest of the debtor with more liabilities or the holding company, depending on whether we are facing a group of companies or not, art. 25.4 *LC*). Additionally, a priority-based criterion is established with regard to the first-opened proceedings, but exclusively in the case of a subsequent accumulation of insolvency proceedings of companies belonging to the same group in case the holding is not insolvent (art. 25 bis.3 *LC*).

XIV.- Contrary to the traditional model, which implies the appointment of several insolvency administrators, the Spanish Insolvency Act enables (but does not demand) the appointment of a single one (art. 27.5 *LC*). The existence of a single organ improves its efficiency and allows the coordinated administration of the different proceedings. It may also reduce considerably both the economic and the temporal expenses. However, the appointment of a single insolvency administrator may also lead to disadvantages, such as an excessive workload, distance-related problems and conflicting duties. The two first ones may be solved through the appointment of «auxiliares delegados» (art. 32 *LC*) or the intervention of «auxiliares simples» (art. 34.2 *LC*), or by appointing a company as insolvency administrator (art. 27.1 in fine *LC*).

XV.- Conflicts of duties may arise when a certain action coming from the single insolvency administrator benefits one of the connected insolvency proceedings and harms another. These conflicts are undesirable because they threaten the insolvency

administrator's independence and impartiality and they infer in the correct development of his duties (since it is not possible to simultaneously care for several opposed interests). There are different ways to neutralise these conflicts, such as for instance the duty to inform the judge, the voluntary authorisations (art. 188 *LC*) or the compensation for damages (art. 36.1 y 7 *LC*). Another option, not expressly taken into account by the Spanish Insolvency Act, is the appointment of «auxiliares independientes» whose duty would be to defend the interest of the proceedings in which they are appointed. The «auxiliar independiente» is neither an «auxiliar colaborador» (because the former actually performs organic duties) nor an «auxiliar delegado» (because it does not involve a true delegation of powers and there is not a subordination relationship between the main insolvency administrator and the «auxiliar independiente»).

XVI.- The procedural coordination regarding the judge and the insolvency administrator is exclusively addressed by means of the unification of the organs (that is, by the appointment of a single judge or a single insolvency administrator). Sometimes, however, this unification may not be viable. In these cases, several judges and insolvency administrators will coexist and, therefore, their coordination will be necessary. Coordination may be organized in many different ways, mainly through the cooperation among organs (principally aiming at sharing information) and the appointment of one of them as a responsible for coordinating the rest. In this sense, some recommendations and practices arisen at an international level may be imported to the domestic level. Sadly, as long as the Spanish Insolvency Act does not specify that cooperation is a duty, the results of the cooperation will be modest.

XVII.- Regarding the solution of the connected insolvency proceedings, the Spanish Insolvency Act only deals with the settlements with creditors and forgets the liquidation of the debtors' estates. However, the coordination of the liquidations can also lead to better results, especially when an economic unit belongs to several debtors and its fragmented sale would give a smaller value than what could be obtained through its unitary sale. A future amendment of the Spanish Insolvency Act should make explicit the possibility of coordinating the liquidations, provided that said coordination benefits the interests of the proceedings. As long as the coordinated liquidations do not violate the separation between the debtors' estates, there seem to be no disadvantages to this practice.

XVIII.- With regard to the coordination of the settlements with creditors, the preparation of a single one for all the connected debtors must be disregarded, since it is neither a viable nor a convenient option. It contravenes the Spanish Insolvency Act (one settlement per debtor) and would require the recreation of its regulation (especially regarding the process for its preparation, the solicitation of approval and the voting procedure). Besides, a sole debtor's breach on the settlement would drag all the debtors into liquidation.

XIX.- The coordination of multiple settlements with creditors is performed, in the Spanish Insolvency Act, by conditioning their effectiveness to the others' judicial approval (art. 101.2 *LC*). This way, the simultaneous effectiveness of all of them is guaranteed. The conditioning can be simple or plural (depending on whether the effectiveness is conditioned to the judicial approval of one agreement or more), unilateral or reciprocal, and be referred both to the sole judicial approval or to the approval of an agreement with a certain content. The condition is precedent and mixed (not casual neither optional). With regard to the pendency phase (which lasts until the condition is fulfilled), and in order to avoid an excessively long duration, it is possible to establish a maximum duration in the agreement. If no maximum is set, it would also be possible to consider the condition unfulfilled if it is not met in a reasonable term, which should be determined in each case. Contrary to the general civil rule (art. 1120 *CC*), the fulfillment of the condition is not backdated, that is, not retroactive because of the problems it generates in certain cases.

XX.- The Spanish Insolvency Act does not mention the coordination of connected insolvency proceedings with regard to publicity, the conservation and administration of the estates, the continuation of the business activity, the recognition and classification of credits, the challenge of the inventory and the list of creditors, the rescission and actions regarding contracts. However, coordinating these fields is feasible and could improve the results of the proceedings.

XXI.- Were two or more connected insolvency proceedings to be qualified as guilty, the people affected or the accomplices may coincide. In these cases, the personal and patrimonial effects of said qualification can overlap. Regarding the personal effects, a problem arise with respect to the duration of the suspension when several suspensions are granted. The additive solution reflected by the Spanish Insolvency Act may lead to excessively long suspensions and to *bis in idem* situations. Therefore, it should be possible to mitigate the total duration on the basis of the imposition of suspensions in several insolvency proceedings. With regard to the patrimonial effects (even when they are granted as precautionary measures), problems may arise when these effects are simultaneously granted on a same person whose estate is insufficient to cover all of them. In this case, the insolvency proceedings whose handling is ahead may be benefited while the others are harmed. Then, the insolvency rules should be applied in order to obtain an equitable distribution of the estate belonging to the multiple-affected person.

PART THREE: REGARDING SUBSTANTIVE CONSOLIDATION

XXII.- The amendment performed by Act 38/2011, 10th of October, seems to allow the consolidation of the debtors' estates (art. 25 ter.2 *LC*). This mechanism involves the total abolition of the separation between the connected insolvency proceedings: the assets and liabilities are mixed and the debtors are treated as if they were a single unity, with a single estate with which all the creditors will be paid. The consolidation of the

estates contravenes basic principles, such as legal personality, limited liability and freedom to enter into an agreement, and may generate high legal insecurity, an increase of the cost of credit and discriminatory effects among creditors.

XXIII.- Although substantive consolidation shares some features with mergers, subordination and piercing the corporate veil, it would seem that the most precise way to define it is through its assimilation to a de facto subjective novation of credits, since the estate with which they have to be confronted with is altered.

XXIV.- The Spanish Insolvency Law only admits consolidation when the debtors' estates are so intermingled that it would not be possible to assign the assets and liabilities to each one without incurring in unjustified (that is, out of proportion) costs or delays. It is not desirable or advisable to extend the consolidation to other cases (such as, for instance, the protection of creditors who claim against a group of companies that operates in the market as a single unit).