4 Los créditos subordinados y la acción de reintegración en los grupos de sociedades

JUDITH MORALES

Profesora Dra. de Derecho Mercantil. Universidad de Barcelona

ISSN 1698-997X

Anuario de Derecho Concursal 43
Enero - Abril 2018

Sumario:

- I. Introducción
- II. Breve referencia al concepto de grupo
- III. Los créditos subordinados en el contexto de un grupo de sociedades
- IV. La acción de reintegración: especial referencia a las garantías intragrupo
 1. El perjuicio y las presunciones
 2. Las garantías intragrupo
- V. Conclusiones

RESUMEN: La Ley Concursal ha previsto en numerosos artículos una referencia a los grupos de sociedades, puesto que es un reflejo de una parte nuestra realidad económica. Esta referencia alude tan sólo a los grupos verticales, dejando a un lado los grupos horizontales. El régimen de los créditos subordinados y la acción de reintegración son algunos de los supuestos más relevantes. Son créditos subordinados aquellos de los que sean titulares las sociedades pertenecientes al mismo grupo que la sociedad deudora así como los socios comunes. En este sentido, es de especial importancia determinar qué condiciones se deben cumplir y en qué momento. El ejercicio de la acción de reintegración se fundamenta en el perjuicio a la masa activa, que en algunas ocasiones se presume. En el caso de las garantías intragrupo, en atención a su consideración como acto gratuito o bien oneroso, el perjuicio se podrá presumir *iuris tantum* o bien *iuris de iure*. Por ello, se deberá determinar en qué supuestos tendrá una consideración o bien la otra.

ABSTRACT: Insolvency Act has foreseen in numerous articles a reference to corporate groups, since it is a reflection of a part of our economic reality. This is only a reference to vertical groups, leaving out horizontal groups. The legal framework of subordinated claims and reintegration actions are some of the most important cases. The claims held by companies that are part of the same group as the company declared insolvent,

and also by the common partners, are subordinated claims. In this sense, it's particularly important to determine the conditions that have to be fulfilled and at what moment. The exercise of the reintegration actions is based on the detriment to assets that sometimes is presumed. In the case of intra group warranty, in attention of its qualification as a costless or onerous act, the detriment is presumed *iuris tantum* or *iuris et de iure*. That's why, it must be determined in which cases it will have one consideration or the other.

PALABRAS CLAVE: Derecho concursal - Grupos de sociedades - Créditos subordinados - acción de reintegración - Perjuicio a la masa activa

KEYWORDS: Insolvency Law - Corporate group - Subordinated claims - Reintegration actions - Detriment to assets

Fecha recepción original: 16 de Octubre de 2017

Fecha aceptación: 6 de Noviembre de 2017

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra realidad económica demuestra que, en gran parte de las ocasiones, las actividades empresariales no se desarrollan de forma aislada por parte una sociedad, sino mediante un entramado de sociedades que conforman un grupo. Esto determina que, con frecuencia, los procedimientos concursales afecten a un grupo de sociedades, ya sea a la sociedad dominante, a una de sus filiales o bien a varias de ellas de forma simultánea, puesto que la situación de insolvencia de una sociedad puede conllevar la insolvencia de otras del mismo grupo o por las consecuencias previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹), cuando varias sociedades conforman un grupo. A pesar de la ausencia de una regulación sustantiva mercantil de los grupos de sociedades, la Ley Concursal no ha sido ajena al fenómeno de grupos, sino que, por el contrario, son muchos los artículos que se refieren a ellos.

En el presente artículo vamos a centrar nuestra atención en el análisis de dos cuestiones: en primer lugar, la consideración de créditos subordinados de aquellos de los que sean titulares determinados sujetos vinculados a un grupo de sociedades; y, en segundo lugar, al análisis de las garantías intragrupos en relación a la acción rescisoria concursal. Estas dos medidas son un reflejo de la preocupación del legislador por el acreedor en el seno de un procedimiento concursal.

En cuanto a los créditos subordinados, cabe decir que la Ley Concursal califica de forma automática como créditos subordinados aquellos de los que sea titular una sociedad que pertenezca al mismo grupo que la sociedad concursada, así como aquellos de los que sean titulares los socios comunes relevantes. Estos créditos deben tener la consideración de préstamos o bien tener su origen en una operación análoga. En este sentido, surgen diversas dudas, como pueden ser la determinación del concepto de socios comunes relevantes o bien determinar en qué momento se debe formar parte del mismo grupo o se debe ser socio para que los créditos de los que sean titulares se califiquen como subordinados. Su resolución resulta de especial relevancia, pues la consideración de crédito subordinado tiene unas nefastas consecuencias para sus titulares.

En cuanto a las garantías intragrupo, que son aquellas prestadas por una sociedad en favor de la deuda de otra sociedad que pertenece al mismo grupo, el interés se centra en los supuestos que pueden ser objeto de la acción rescisoria concursal. En atención al régimen previsto en la Ley, el fundamento de esta acción es el perjuicio que un acto, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, puede causar a la masa activa. En el supuesto de que el acto tenga un carácter gratuito, la existencia del perjuicio se presume de forma *iuris et de iure*. Por el contrario, si el acto tiene un carácter oneroso, pero es parte una persona que está especialmente vinculada con el deudor, como una sociedad perteneciente al mismo grupo, la existencia del perjuicio se presume de forma *iuris tantum*. En este sentido, el análisis se centra en los supuestos en los que una garantía intragrupo tiene la consideración de acto gratuito y cuándo de acto oneroso y, por tanto, en qué circunstancias puede ser objeto de rescisión y declarada ineficaz.

El análisis de estas cuestiones debe partir del concepto de grupo previsto en nuestro ordenamiento. Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico no hay un régimen unitario aplicable a los grupos de sociedades, sino que hay una serie de normas dispersas que regulan consecuencias y situaciones concretas de los grupos de

sociedades. A pesar de que el grupo carece de personalidad jurídica, y, por tanto, no puede ser sujeto de concurso, la existencia de un grupo tiene una serie de consecuencias, entre las que podemos destacar las mencionadas.

II. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE GRUPO

La Ley Concursal se refiere, como hemos adelantado, en varios de sus artículos a los grupos de sociedades. Sin embargo, carece de una definición propia de grupo de sociedades, situación que había sido criticada por la doctrina, puesto que resultaba necesaria, por una cuestión de seguridad jurídica, para determinar el supuesto de hecho al que se le aplicarán las consecuencias jurídicas previstas en la Ley Concursal. La respuesta del legislador ha sido remitir, en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal –introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)– al Código de Comercio, en concreto a su artículo 42.1. Esta respuesta ha tenido buena acogida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia²).

De este modo, el concepto de grupo de sociedades recogido en el Código de Comercio es el aplicable también en el ámbito concursal. A pesar de que el artículo 42.1 del Código de Comercio se encuentra en sede de obligaciones contables de los empresarios, pues regula las situaciones en las que surge la obligación de consolidar las cuentas anuales, es el precepto al que remiten otras leyes mercantiles como la Ley del Mercado de Valores (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores), en concreto el artículo 5, así como la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), en el artículo 18. Por tanto, podemos concluir que el legislador mercantil ha considerado que el concepto de grupo de sociedades de capital se encuentra en el artículo 42.1 del Código de Comercio, lo que genera una situación de seguridad jurídica.

El concepto de grupo recogido en el citado artículo, se basa en una relación de control o dominio. Así, existe un grupo de sociedades cuando una sociedad, a la que se denomina dominante, ostenta o pueda ostentar, ya sea de forma directa o indirecta, el control de otra sociedad o bien de otras sociedades, a las que se denomina dependientes o dominadas. Por tanto, no es relevante que la sociedad dominante ejerza de forma efectiva la dirección del grupo, sino que tenga la posibilidad de hacerlo. Ese poder de dirección puede ser tanto directo, ejercitado por la propia sociedad dominante, como indirecto, es decir, a través de una sociedad intermedia que esté controlada por la sociedad dominante.

Ante la dificultad probatoria del poder de dirección que debe ostentar la sociedad dominante, el propio artículo 42.1 del Código de Comercio ha previsto, a modo de lista ejemplificativa, una serie de situaciones en las que presume que existe esta situación de control. Estas presunciones se deben calificar como *iuris tantum*, puesto que cabría admitir prueba en contrario³). En este sentido, se presume la existencia de este control cuando una sociedad se encuentre en relación con otra sociedad en alguna de las siguientes situaciones: 1) que posea la mayoría de los derechos de voto, lo que no significa necesariamente que posee la mayoría de acciones o participaciones⁴); 2) que tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; 3) que pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; 4) que haya designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad o sociedades dependientes, presumiéndose esta situación cuando la mayoría del órgano de administración de la sociedad dependiente sea miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra sociedad dominada por ella. Esta lista tiene un carácter abierto, pues son las situaciones más frecuentes en nuestra realidad societaria, pero no hay impedimento para que ese poder de control surja a través de otras situaciones.

El concepto de grupo acogido en nuestro ordenamiento jurídico es, por tanto, estricto, pues es de un grupo jerárquico, aquel en el que una sociedad controla, de forma directa o indirecta, a otra u otras sociedades. La sociedad que controla, es decir, la sociedad dominante, debe ejercer una influencia decisiva sobre las sociedades dominadas. No es suficiente que esa influencia sea significativa, ya que ésta se puede ejercer sin tener el control y es menos vinculante que la decisiva o dominante⁵). El Tribunal Supremo ha declarado que el control implica, junto al poder de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para determinarlo remite al Plan General Contable (parte segunda, norma 19), que lo define como «el poder de dirigir las políticas financieras y explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades»⁶).

De esta forma, nuestro ordenamiento está excluyendo a aquellos grupos que tienen una dirección consensuada, en los que no hay subordinación o dominio de una sociedad con respecto de otra u otras. Son aquellos grupos en los que no hay control por parte de una sociedad, sino una dirección unitaria que corresponde a todas las sociedades que forman parte del grupo⁷). En este sentido, cabe mencionar, puesto que un análisis más exhaustivo excedería del objetivo del presente artículo, que este concepto de grupo de sociedades previsto en el artículo 42 del Código

de Comercio fue introducido por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. Esta redacción volvió a los orígenes del precepto, pues su redacción inmediatamente anterior, dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, adoptó una definición de grupo basada en la dirección unitaria del mismo, pues se entendía que existía un grupo de sociedades cuando «varias sociedades constituyan una unidad de decisión». De este modo, quedaban incluidos en este concepto tanto los grupos jerárquicos o por subordinación como los grupos paritarios o por coordinación, estos últimos excluidos de la definición actual, pues en ellos no hay una relación de domino o de control.

En este punto, cabe apuntar que el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 vuelve a acoger un concepto amplio de grupos de sociedades, puesto que considera, tal como se recoge en el artículo 291.1 del Anteproyecto, que tiene por título «noción de grupo» que existe grupo en dos situaciones: en primer lugar, cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control; y en segundo lugar, cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas.

En esta línea, como bien expone la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 190/2017, de 15 de marzo (RJ 2017, 1370), a pesar de que en aplicación del artículo 42 del Código de Comercio tan sólo se tendrán en consideración, a efectos de la Ley Concursal, los grupos jerárquicos, no es necesario que el procedimiento concursal involucre a la sociedad dominante, sino que el régimen de grupos previsto en esta Ley también se aplica también cuando el procedimiento involucre a una o varias sociedades dominadas. Por tanto, aunque las sociedades concursada y acreedora formen parte de un grupo, por ser sociedades filiales o dominadas, sin que exista entre ellas una relación de jerarquía, no por ello el grupo se convierte en horizontal o paritario, sino que lo relevante es que en ese grupo haya una sociedad que ejerza el control o dirección del mismo⁸).

No obstante, resulta relevante el voto particular de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 449/2013, de 11 de diciembre (JUR 2014, 19588). Esta sentencia sigue la línea comentada en cuanto a la interpretación del concepto de grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio. Sin embargo, en el referido voto particular se realiza otra interpretación del mismo, pues se considera que el citado artículo no pretende ofrecer una definición de grupo, sino determinar cuándo existe el deber de consolidar las cuentas anuales. Según se indica, a pesar de que la existencia de un grupo exige una relación de dominio, el grupo no solo existe entre sociedad dominante y dominada, sino que debe predicarse de todo aquel conjunto de sociedades entre las cuales existe una situación de dominio o control, directo o indirecto. En este sentido, considera que no hay una contraposición entre la redacción actual del artículo 42.1 del Código de Comercio y la anterior a la reforma introducida por la Ley 16/2007 del concepto de control y unidad de dirección, puesto que en las dos redacciones la idea de dominio es el eje central del concepto de grupo. La única diferencia se encuentra en la forma a través de la cual el mismo se puede deducir o presumir que se ha producido. En la opinión defendida en dicho voto particular, el hecho de que el artículo 42.1 del Código de Comercio haga referencia a control en lugar de unidad de dirección, amplía el concepto de grupo, pues no se exige que la sociedad dominante sea socia de la dominada para la existencia de grupo. De este modo, considera que tan sólo deben quedar fuera del concepto de grupo aquellos que sean horizontales o paritarios en los que no exista una situación de dominio ejercida por alguien que ostente el control sobre las diversas sociedades que lo integra, en los que su actuación como grupo obedezca a razones distintas de la idea de control⁹).

III. LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS EN EL CONTEXTO DE UN GRUPO DE SOCIEDADES

Con la entrada en vigor de la Ley Concursal surgió una nueva clasificación de créditos concursales, los créditos subordinados. Estos, ya sea por razón de la naturaleza del propio crédito, es decir, por una causa objetiva, o bien por las circunstancias que concurren en su titular, esto es, por una causa subjetiva, sufren una serie de consecuencias perjudiciales. Entre las más importantes cabe destacar dos; en primer lugar, quedan postergados en el cobro en el caso de que el concurso finalice en liquidación, puesto que tan sólo serán satisfechos cuando se hayan cubierto el resto de créditos concursales; y, en segundo lugar, carecen de derecho a votar en el convenio, a pesar de que el contenido del convenio aprobado les vincule con las mismas quitas y esperas que las establecidas para los créditos ordinarios.

En atención a lo previsto en el artículo 92.5 de la Ley Concursal, tienen la consideración de créditos subordinados, entre otros, los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. La determinación de estas personas depende de si el deudor tiene la consideración de persona natural o bien de persona jurídica. En el caso de que el deudor sea una persona jurídica, la Ley Concursal hace una mención expresa

a las situaciones de grupos de sociedades, pues considera personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada las sociedades que formen parte del mismo grupo, así como los socios comunes, cuando reúnan determinadas condiciones (art. 93.2.3 LC).

Conforme a lo expuesto, en primer lugar, los derechos de crédito de los que sean titulares las sociedades que pertenezcan al mismo grupo que la sociedad declarada en concurso tendrán la consideración de créditos subordinados con independencia de la cuantía, de la naturaleza del crédito o de la posición del titular en el grupo de sociedades. Por esta razón, esta subordinación ha sido calificada como automática u objetiva¹⁰). La razón de ser de esta calificación de créditos postergados, a los que la propia exposición de motivos de la Ley considera como excepciones negativas, es que las sociedades que pertenecen a un mismo grupo tendrían una posición que les permitiría conocer la situación patrimonial del resto de sociedades del grupo y, precisamente por esta relación, la Ley quiere evitar que estas sociedades obtengan una situación privilegiada respecto al resto de acreedores que carecían de esta información.

La consideración de créditos subordinados a los créditos intragrupo sólo es aplicable a los grupos de sociedades que sean reconocidos como tales en aplicación del artículo 42.1 del Código de Comercio, pues la disposición adicional sexta de la Ley Concursal remite a este artículo. Por tanto, tan sólo a los grupos verticales, excluyendo a los grupos horizontales o por coordinación, en los que, a diferencia de los primeros, hay una unidad de dirección. En este sentido, los créditos que se hayan concedido entre sociedades que formen un grupo horizontal no serán subordinados de forma automática, sino que tendrán la calificación que le corresponda, ya sea ordinaria o privilegiada o subordinada¹¹).

En segundo lugar, se consideran personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada y, por tanto, tienen la consideración de créditos subordinados aquellos de los que sean titulares, los socios comunes, es decir aquellos que sean socios de dos o más sociedades que pertenezcan al mismo grupo y que además reúnan las condiciones previstas en el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal¹²). Estas condiciones son dos, sin que sea necesario que se cumplan de forma cumulativa, sino de forma alternativa: que, conforme a la ley, los socios sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales o bien que sean socios relevantes.

Los socios relevantes son aquellos que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, son titulares, de forma directa o indirecta, de al menos un cinco por ciento del capital social, si la sociedad concursada tiene valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o bien un diez por ciento si no los tiene. A pesar de la aparente pacífica interpretación de este requisito, la doctrina ha planteado una duda respecto a si la exigencia de la participación relevante en el capital social debe ostentarse tanto en la sociedad concursada como en alguna de las sociedades del grupo o bien tan sólo en alguna de éstas. En atención a una interpretación literal, parte de la doctrina ha defendido la primera posición anunciada, es decir, que esa participación relevante debe ser exigible tanto en la sociedad concursada como en alguna o varias sociedades del grupo¹³). Sin embargo, en nuestra opinión, la posición más acorde con las previsiones de la Ley debe ser la de exigir ese porcentaje tan sólo en alguna o algunas sociedades del grupo diferentes de la concursada, en aquellos supuestos en los que esa participación no se alcance en la concursada, puesto que, si se exige ese porcentaje en esta última, por esta sola exigencia el crédito debe ser considerado subordinado, en atención a lo previsto en el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal¹⁴). Por tanto, no tendría ningún sentido exigirlo también en las otras sociedades del grupo, puesto que sería una reiteración innecesaria¹⁵).

Por tanto, la regla general es que los créditos de los que sean titulares los socios relevantes de una persona jurídica, así como los socios comunes relevantes de una sociedad del grupo, tienen la consideración de créditos subordinados. Sin embargo, debemos señalar que el artículo 92.5 de la Ley Concursal recoge una excepción. Quedan exceptuados de esta clasificación los créditos diferentes de los préstamos y los actos con análoga finalidad¹⁶). Por tanto, desde un punto de vista objetivo tan sólo los créditos por préstamos o bien por operaciones de financiación tendrán la calificación de subordinados¹⁷). Cabe advertir que este artículo tan sólo exceptúa este tipo de créditos de los que sean titulares los socios relevantes de una sociedad o bien los socios comunes relevantes de un grupo de sociedades (es decir, aquellos socios a los que se refieren los apartados 1 y 3 del artículo 93.2 LC), pero no hace extensiva esta excepción a los créditos de los que sea titular una sociedad perteneciente al mismo grupo¹⁸). A pesar de ello, no han faltado autores que han defendido una interpretación extensiva de esta exclusión, en el sentido de que también resulta aplicable cuando el titular del crédito sea una sociedad del grupo, pues de lo contrario se ha afirmado que se producirían unos resultados desproporcionados con la finalidad de la Ley, que se verían acentuados en el supuesto de que la sociedad acreedora formase parte del mismo grupo que la sociedad concursada pero en la que no tuviese participación alguna¹⁹).

Finalmente, apuntar que otra de las dudas que pueden surgir de la lectura del artículo 93.2.3.º de la Ley Concursal es determinar en qué momento es necesario que la sociedad titular del crédito forme parte del mismo grupo de sociedades que la concursada para que ese crédito tenga la consideración de subordinado. Cabe mencionar que la Ley ha sido clara en cuanto al criterio temporal exigible a los socios y, por extensión, a los socios comunes de un grupo de sociedades, pues el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal hace referencia a los socios que en el momento del nacimiento de derecho de crédito ostenten la participación del cinco por ciento en el capital social, si la sociedad tiene valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, o bien del diez por ciento, si no los tiene. Sin embargo, la Ley no se ha pronunciado respecto a la vinculación de las sociedades pertenecientes al mismo grupo. En este sentido, cabrían dos posibilidades: en primer lugar, considerar que es aplicable el régimen relativo a la subordinación de los créditos si en el momento de nacimiento del crédito las sociedades afectadas conforman un grupo; o bien, en segundo lugar, considerar que es aplicable este régimen si el momento de la declaración de concurso las sociedades afectadas forman parte de un grupo. Por tanto, la distinción puede venir dada por el momento del nacimiento del derecho de crédito o bien por el momento de la declaración de concurso. La doctrina no es pacífica en esta cuestión. >

Por un lado, encontramos a aquellos autores que consideran que la solución más acorde con la finalidad de la Ley Concursal es considerar que el crédito es subordinado cuando la sociedad concursada y la sociedad titular del crédito formen parte del mismo grupo en el momento de la declaración de concurso²⁰). El fundamento para defender esta posición es que, a partir de ese momento, de la declaración de concurso, la titular del crédito que forme parte del mismo grupo que la sociedad concursada puede obtener información privilegiada en comparación con el resto de acreedores y esto es precisamente lo que la Ley Concursal pretende evitar con la inclusión de los créditos de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada dentro de la categoría de créditos subordinados.

Sin embargo, por otro lado, encontramos a aquellos otros que consideran que la mejor solución es que vinculación de grupo entre las dos sociedades sea exigible en el momento del nacimiento del crédito, con independencia del momento de la declaración de concurso²¹). Los argumentos para defender esta posición están basados en la finalidad de la Ley al introducir la condición de los créditos subordinados en la clasificación de los créditos concursales. Uno de los argumentos para defender esta posición es que, si el derecho de crédito es anterior a que la sociedad concursada y la titular del derecho formen parte del mismo grupo, ésta no ha podido influir en las condiciones del mismo y no ha tenido ninguna información privilegiada en relación con el resto de acreedores, por tanto, atribuirle la condición de créditos subordinados excedería la penalización prevista en la Ley para este tipo de créditos. En esta misma línea, si se optase por considerar como criterio temporal el momento de la declaración de concurso, sería suficiente con lograr una desvinculación en algún momento anterior a la declaración, pues se supone que tiene información sobre la situación económica de la sociedad concursada. Esta también es la posición de nuestros tribunales, quienes vienen defendiendo no sólo que el criterio determinante para la consideración de un crédito subordinado es que dos sociedades formen parte del mismo grupo en el momento del nacimiento del crédito, sino también se hace extensivo aquellos créditos que hayan nacido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso²²).

IV. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LAS GARANTÍAS INTRAGRUPPO

1. EL PERJUICIO Y LAS PRESUNCIONES

Como es bien sabido, la Ley Concursal contempla en los artículos 71 y siguientes, el régimen relativo a la acción de reintegración, cuya finalidad es que determinados bienes y derechos retornen al patrimonio del deudor. En atención a lo previsto en el artículo 76.1, la masa activa del concurso está constituida por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o se adquieran hasta la conclusión del procedimiento. Mediante el ejercicio de la acción de reintegración o acción rescisoria concursal se pueden rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pesar de que no hubiese existido intención fraudulenta²³) (art. 71.1. LC). Estos actos deben ser realizados por el propio deudor, bajo su voluntad, quedando excluidos aquellos que impliquen el cumplimiento de una orden administrativa o judicial²⁴).

El ejercicio de la acción de rescisión corresponde de forma principal a la administración concursal, que señalará en el informe que recoja el inventario de la masa activa la intención, si es que la tuviera, de ejercitar esta acción (art. 72.1 LC). De forma subsidiaria, la Ley contempla la posibilidad de que los acreedores puedan ejercitar esta acción cuando lo hayan requerido por escrito a la administración concursal, con indicación del acto que se pretende rescindir, así como su fundamento, y ésta no haya atendido esta petición en el plazo de dos meses. Por tanto, los acreedores estarán legitimados tanto cuando haya una negativa expresa por parte de la administración concursal

como una omisión en el ejercicio de la acción. La única excepción en este sentido se encuentra en los actos de refinanciación, pues el ejercicio de la acción de reintegración sobre los mismos corresponde de forma exclusiva a la administración concursal. La demanda, en todo caso, se dirigirá contra el deudor y contra el tercero que haya sido parte en el acto que está siendo objeto de impugnación (art. 72.3 LC).

El fundamento de esta acción es el perjuicio a la masa activa, que es lo que se pretende redimir con su ejercicio, entendido como una lesión a la totalidad de la masa pasiva, como analizaremos. En este sentido, cabe señalar que, tal y como apunta la Ley, no es necesario que haya una intención fraudulenta en la realización del acto, pues no siempre que hay lesión hay fraude, pero, por el contrario, cuando hay fraude se produce una lesión²⁵). El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado, puesto que no está definido por la Ley, sino que es necesario analizar cada uno los supuestos para determinar si ese acto de disposición patrimonial ha ocasionado un perjuicio. Por esta razón, resulta de especial interés acudir a la construcción de este concepto por parte de las resoluciones de nuestros tribunales.

El Tribunal Supremo ha interpretado este perjuicio como un sacrificio patrimonial injustificado²⁶), en el que hay una disminución efectiva del patrimonio o aminoración del valor del activo, por ello decíamos que hay un perjuicio a la masa activa, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, por eso se produce una lesión a la masa pasiva. Ese acto de disposición debe implicar para el deudor un sacrificio patrimonial injustificado desde las expectativas de cobro de los acreedores. Por ello, este sacrificio está vinculado al principio de *par conditio creditorum*, a pesar de que no totalmente equiparable, puesto que ello supondría ampliar de forma injustificada la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial que alterase la masa pasiva²⁷). Tal y como menciona la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 124/2015, de 17 de marzo (RJ 2015, 1472) respecto al sacrificio patrimonial justificado, este puede suponer «no sólo una minoración del activo del concurso sino también una alteración injustificada de la *par conditio creditorum*, al situar al acreedor en una situación más ventajosa que al resto de los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso». En sentido, se ha hecho una distinción entre los contratos bilaterales y los actos unilaterales. En el primer caso, para determinar si hay un perjuicio patrimonial se debe atender al precio pagado por la prestación. En el supuesto de que ese precio se corresponda con el valor de mercado no habrá perjuicio, pues hay un equilibrio entre las prestaciones. En el resto de supuestos, los actos unilaterales, puesto que no habrá contraprestación, el perjuicio se determinará en función de si ha habido una alteración de la *par conditio creditorum* ²⁸).

La Ley Concursal parte de una regla general, puesto que el perjuicio patrimonial se debe probar por parte de quien ejercite la acción rescisoria, que en este caso corresponde de forma principal a la administración concursal y subsidiaria a los acreedores (art. 71.4 LC), valorando las características o circunstancias del acto o negocio impugnado, su significación en el contexto en el que se encuentra el deudor y sus consecuencias²⁹). El momento de la valoración del acto objeto de rescisión es el de su realización, con independencia de cuál haya sido la causa que originó la insolvencia. Puesto que la determinación de la existencia del perjuicio patrimonial puede resultar complicada, la Ley Concursal ha recogido una serie de presunciones en las que se presume la existencia del mismo. Algunas de estas son presunciones admiten prueba en contrario, son presunciones *iuris tantum*, y otras no la admiten, son presunciones *iuris et de iure*.

En atención al orden establecido en la Ley, el artículo 71.2 de la Ley Concursal contempla las presunciones *iuris et de iure* del siguiente modo: «el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente»³⁰). Estos actos se pueden clasificar en dos categorías: en primer lugar, los actos gratuitos y, en segundo lugar, los pagos anticipados. En ambos casos, se produce de forma voluntaria una salida del patrimonio que conlleva un perjuicio. En el primer tipo de actos, los actos gratuitos, como bien hemos indicado, se produce una disminución del patrimonio sin contraprestación alguna, por tanto, son actos en los que no hay una causa onerosa³¹). En el segundo de los casos, el fundamento de la rescisión no es propiamente una disminución patrimonial, a pesar de que la hay, sino es una alteración de la *par conditio creditorum*, pues el deudor paga o extingue de forma anticipada al momento exigible en el vencimiento³²).

En cuanto a las presunciones relativas o presunciones *iuris tantum*, la Ley contempla tres supuestos en los que presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un perjuicio patrimonial. Estos supuestos son los siguientes: en primer lugar, los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; en segundo lugar, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas; y, en tercer lugar, los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de

concurso».

El primer grupo de estos actos citados hace referencia a los realizados a título oneroso, por tanto, actos en los que el patrimonio del deudor recibe una contraprestación. Sin embargo, la Ley los convierte en actos sospechosos pues el beneficiario es alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, contempladas en el artículo 93 de la Ley Concursal. Esta relación entre el deudor y el beneficiario debe existir en el momento de la realización del acto de disposición, con independencia de cuál sea en el momento de la declaración de concurso.

El segundo grupo alcanza dos supuestos: en primer lugar, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes y, en segundo lugar, la constitución de nuevas garantías en sustitución de otras anteriores. En ambos casos el perjuicio se encontraría en el sacrificio patrimonial injustificado de la masa activa en beneficio de uno de los acreedores.

Y en el tercer grupo se encuentra un supuesto muy similar al citado con anterioridad respecto a las presunciones *iuris et de iure* que consiste en el pago o extinción anticipada de obligaciones cuyo vencimiento fuese posterior a la declaración de concurso, pero en este caso además deben contar con una garantía real. En estos casos, al igual que ocurría en el supuesto citado recogido en las presunciones *iuris et de iure*, se produce una alteración de la *par conditio creditorum*, a pesar de que esta alteración, en el caso de que la obligación constase con una garantía real, es menor en comparación con la alteración que se produciría si la obligación no estuviese garantizada³³).

Estas presunciones tienen un carácter *iuris tantum*, por tanto, es posible destruir la presunción de perjuicio. En el primer caso cabría probar que este acto de disposición no supuso una pérdida de valor de la masa activa o bien que el sacrificio patrimonial estaba justificado. Y en el segundo y tercer caso consistirá en probar que la garantía no es gratuita y que no causa un perjuicio a la masa activa³⁴).

Finalmente, cabe poner de relieve que la Ley excluye del ámbito de la acción de rescisión a los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales³⁵) y los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados y las garantías a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica (art. 71.5 LC). En cuanto a los primeros, que son los que pueden conllevar alguna duda interpretativa, el Tribunal Supremo ha considerado que no sólo son ordinarios aquellos actos que no sean extravagantes o insólitos, sino que serán aquellos que no tengan las características normales de su clase y que no se incluyan dentro del tráfico ordinario de la actividad del deudor. Esto, sin duda alguna, implicará un análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos, en atención al objeto de cada sociedad³⁶).

Los efectos de la sentencia estimatoria de la acción rescisoria concursal están recogidos en el artículo 73 de la Ley Concursal. En atención a este artículo, la sentencia declarará la ineficacia del acto rescindido, lo que determinará la recíproca devolución de las prestaciones, por tanto, retornará a la masa activa la prestación del concursado en el estado en el que se encuentre, es decir, el bien o el derecho, y el tercero que contrató con él, al que llamaremos adquirente, recibirá un derecho de crédito contra la masa, salvo que haya actuado de mala fe³⁷), en cuyo caso el derecho de crédito será concursal subordinado, en ambos casos con sus frutos e intereses. En el caso de que el derecho de crédito sea contra la masa, el adquirente recibirá su abono de forma simultánea a la devolución de los bienes. Este derecho de crédito está compuesto por el valor del bien o derecho que el adquirente entrega al concurso, los gastos necesarios que por esa devolución tenga que soportar, así como aquellos que haya soportado para la conservación del bien o derecho y aquellos que hayan supuesto un aumento de valor del mismo. Cabe decir que la ineficacia del acto se produce desde que es declarado como tal por la sentencia que estima la acción de rescisión, por tanto, hasta ese momento el negocio jurídico es válido y produce sus efectos.

En el supuesto de que el bien o derecho no pueda ser devuelto, ya sea porque se ha extinguido o bien porque ha salido del patrimonio del tercero, se deberá entregar una cuantía en dinero equivalente al valor del bien. Esto podría ocurrir en aquellos casos en los que el bien o derecho se encuentre en el patrimonio de un subadquirente y, actuando de buena fe³⁸), no fue demandado, goza de protección registral o bien de irrevindicabilidad. En el supuesto de que el subadquirente fuera condenado a restituir el bien o derecho, queda obligado a hacerlo sin que tenga derecho a recibir un derecho de crédito contra la masa activa en contraprestación, pues en el caso de que pudiese reclamar debería dirigirse contra el adquirente, que es quien le transmitió el bien o derecho.

En todo caso, a pesar de que la acción de reintegración es una de las formas de proteger la masa activa del concurso, la Ley admite la posibilidad de ejercitar otras acciones de impugnación, que son compatibles con la acción

rescisoria, que se tramitarán según las normas del incidente concursal³⁹).

2. LAS GARANTÍAS INTRAGRUPPO

Una de las operaciones intragrupo que merece especial atención es la prestación de una garantía por parte de una sociedad, que forma parte de un grupo, en favor de una deuda de otra sociedad también perteneciente a ese grupo. De esta forma, las deudas de una sociedad se ven garantizadas por el patrimonio de otra sociedad, a pesar de que las dos sociedades formen parte de un grupo. En este sentido, es posible confirmar que en muchas ocasiones la prestación de una garantía es la razón determinante para la concesión de un crédito. Ante esta situación, resulta de especial interés analizar si la garantía prestada por una sociedad, que ha sido declarada en concurso de acreedores con posterioridad a la prestación de la misma, se puede considerar un acto perjudicial para la masa a efectos de la acción de reintegración del patrimonio.

La Ley establece una serie de presunciones de la existencia del perjuicio que tienen relevancia a efectos de una situación de grupo de sociedades. En primer lugar, el perjuicio se presume, salvo prueba en contrario, en los actos dispositivo a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 71.3.1. LC). Y, en segundo lugar, el perjuicio se presume, sin admitir prueba en contrario, en los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.2 LC). La clave para determinar los presupuestos para ejercitar una acción de reintegración respecto a una garantía intragrupo es clarificar si esa garantía tiene la consideración de acto dispositivo a título oneroso o bien a título gratuito

En atención al análisis realizado, si consideramos que la garantía es un acto a título oneroso, se presume el perjuicio en la masa activa de la sociedad concursada, puesto que esa garantía se prestó en favor de una sociedad con la que está especialmente relacionada, al pertenecer las dos al mismo grupo. Sin embargo, se admite la prueba de que el acto no fue perjudicial. Por el contrario, si consideramos que la prestación de la garantía es un acto a título gratuito, el perjuicio a la masa activa de la concursada se presume *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario.

A pesar de que a simple vista podría parecer que la prestación de una garantía en favor de una deuda ajena es un acto gratuito, el Tribunal Supremo ha matizado esta calificación cuando esta garantía es intragrupo. En este sentido, ha considerado que cuando la prestación de la garantía permite la concesión de un préstamo a la sociedad prestataria de forma simultánea, son las llamadas garantías contextuales, se debe presumir que el acto es oneroso, pues el acreedor concede el préstamo porque además del compromiso de pago adquirido por la sociedad deudora, este pago está garantizado con el patrimonio de otra sociedad (STS núm. 1954/2014[SIC], de 30 de abril (RJ 2014, 2907)). Esta presunción es *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario, en atención al contexto de la operación, ya que no se podrá calificar como acto oneroso toda prestación de garantía intragrupo. Por tanto, en aplicación de lo dicho, cuando la prestación de garantía sea calificada como un acto oneroso se presumirá la existencia de perjuicio patrimonial en la sociedad concursada, salvo que se acredite lo contrario⁴⁰). En este punto, destacar que la sentencia del Tribunal Supremo núm. 213/2017, de 31 de marzo (RJ 2017, 2366)⁴¹) considera que «cuando la concesión de la garantía es contextual, la jurisprudencia entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella. Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja».

En atención al concepto de perjuicio adoptado por el Tribunal Supremo en situación de reintegración, si el perjuicio está justificado no se considerará como tal a efectos de posibilitar el ejercicio de la acción rescisoria. Por perjuicio patrimonial justificado se debe entender aquella atribución patrimonial, ya sea directa o indirecta, a favor de la sociedad garante, de tal entidad que justifique la prestación de la garantía (STS núm. 1954/2014[SIC], de 30 de abril (RJ 2014, 2907)). En este sentido, se puede plantear si el llamado «interés del grupo» puede ser suficiente para considerar que el perjuicio de la sociedad garante esté justificado⁴²). En este punto, destacar que por interés del grupo no debe entenderse el interés de la sociedad matriz, sino que se debe entender como «el interés general estratégico del grupo», que debe ser individualmente perseguido por cada una de las sociedades que lo integran. El interés del grupo es el interés superior que se debe perseguir⁴³). Por ello, se debe contemplar toda la operación en su conjunto, analizar si, a pesar de producirse una lesión al interés individual de una filial, el perjuicio se ve compensado por ese interés de grupo en su conjunto, debiendo tener en cuenta que esta ventaja no siempre será inmediata, sino que en ocasiones es una ventaja futura. Por tanto, se deben ponderar los sacrificios sufridos por la

sociedad filial y compararlos con los que obtiene el grupo en su conjunto o únicamente por la sociedad dominante. La ventaja obtenida debe ser equivalente, entendida como proporcionada, con el perjuicio sufrido⁴⁴). Esa lesión de la sociedad filial no debe considerarse como un perjuicio sin más sino en atención a las ventajas o beneficios que obtiene por la participación en el grupo⁴⁵).

El Tribunal Supremo ha sido claro en ese punto, pues ha considerado que no es posible acogerse sin más al interés del grupo, sino que es necesario concretar y justificar el beneficio económico obtenido por la sociedad garante (STS núm. 1954/2014[SIC], de 30 de abril (RJ 2014, 2907)). Cabe recordar que, en aplicación de las presunciones citadas con anterioridad, precisamente porque la operación se produce entre dos sociedades que pertenecen al mismo grupo, la Ley Concursal presume *iuris tantum* que hay un perjuicio patrimonial. Para determinar si el perjuicio está justificado, el Tribunal Supremo ha acudido a la llamada teoría de las ventajas cualitativas (STS núm. 1954/2014[SIC], de 30 de abril (RJ 2014, 2907) y núm. 5151/2015, de 11 de diciembre (RJ 2015, 5440))⁴⁶). En este sentido, destacar el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5151/2015[SIC], de 11 de diciembre (RJ 2015, 5440): «se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial. Las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables, sin que sean suficientes las meras hipótesis, invocaciones retóricas a sinergias o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real...En todo caso, han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad».

De aquí se puede concluir, que la prestación de garantía a una sociedad del grupo no produce un perjuicio si esta operación responde al interés del grupo y hay un equilibrio entre el interés del grupo y el interés individual de la sociedad filial. Para ello, la operación debe reunir determinados presupuestos: en primer lugar, que el sacrificio de la sociedad garante le reporte algún tipo de ventaja, a pesar de que no sean simultáneos, sino que uno sea anterior al otro; y, en segundo lugar, que la ventaja se pueda verificar y concretar.

La aplicación de esta teoría a la realidad práctica lleva a distinguir dos tipos de supuestos. Un supuesto es aquel en el que la sociedad garante es la sociedad matriz y el otro es el supuesto en el que la sociedad garante es una sociedad filial. En el primer supuesto, el de las llamadas garantías *downstream*, se ha afirmado que la sociedad matriz claramente recibe un beneficio al prestar la garantía, por tanto, esta garantía tiene la consideración de acto dispositivo oneroso (SAP Madrid núm. 219/2015, de 24 de julio (JUR 2015, 257773)). Por el contrario, en el segundo supuesto, el de las llamadas garantías *upstream*, el beneficio de la sociedad filial es dudoso, por tanto, en atención a las circunstancias en la que se otorga la garantía será considerada como un acto gratuito o bien oneroso y es, precisamente en este último caso, cuando, si se quiere excluir a la garantía de la rescisión, se deberá acudir a la aplicación de teoría compensatoria cualitativa, es decir, determinar, si hay una proporción entre el sacrificio sufrido y la ventaja obtenida.

Finalmente, deben indicarse cuáles son las consecuencias de la sentencia estimatoria de la acción de reintegración en este tipo de supuestos. En atención a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Concursal «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses». En este sentido, la cuestión que se ha planteado es si la sentencia estimatoria de la acción de reintegración debe no sólo declarar ineficaz la garantía sino si también debe declarar ineficaz el préstamo concedido. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tema, diferenciando entre la garantía y el préstamo y ha considerado que la consecuencia de la sentencia estimatoria de la acción de rescisión concursal sería la extinción de la garantía, sin que esto deba afectar a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía (STS núm. 1954/2014[SIC], de 30 de abril (RJ 2014, 2907)⁴⁷ y núm. 143/2015, 26 de marzo (RJ 2015, 3812)⁴⁸). No obstante, señalar el voto particular recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2014 (RJ 2014, 2907), en el que se consideró que «la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión de un préstamo, dejando subsistente el préstamo, supone lesionar los elementos esenciales del negocio, su causa, según se ha visto, y el consentimiento prestado en la celebración del negocio (art. 1261.1 y 1262 del CC). Por ello, si se entiende que la garantía prestada por el garante concursado es perjudicial para la masa activa, debe rescindirse la total operación y aplicar los efectos previstos en el artículo 71.3 de la Ley Concursal, conforme al artículo 1295 del Código Civil, la restitución recíproca de las prestaciones que solo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello que por su parte estuviera obligado, restitución recíproca que pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado, restitución recíproca a la que se refiere el precepto concursal. Como tal deudor solidario que es el fiador real, tendrá el derecho de repetición o crédito de reembolso contra el prestatario deudor».

V. CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de analizar, la aplicación de los preceptos de la Ley Concursal a los grupos de sociedades queda restringida a los grupos verticales o por subordinación, por razón de la remisión al artículo 42 del Código de Comercio, que tan sólo confiere la condición de grupo de sociedades a este tipo de grupos. Esto supone una aplicación restrictiva de algunos de los efectos negativos de la Ley a los grupos de sociedades verticales, como podría ser la calificación de los créditos subordinados y la acción de reintegración. En nuestra opinión, a pesar de que el concepto aceptado en el ámbito mercantil es el de grupo vertical, no hay razón para hacer esta distinción. La Exposición de motivos de la Ley Concursal justifica este trato por la especial situación de la sociedad que pertenezca al mismo grupo que la sociedad deudora, así como los socios comunes relevantes frente al resto de acreedores. Esta situación podría ser privilegiada por la información que pudiesen obtener respecto a la situación económica y financiera de la sociedad concursada. Sin embargo, consideramos que en esta misma situación se podrían encontrar también las sociedades y socios comunes que pertenezcan a un grupo horizontal y no sólo los que pertenezcan a un grupo vertical. A pesar de que ésta es la situación actual, se podría ver modificada si se aprueba el nuevo Código Mercantil, puesto que el citado Código adopta un criterio amplio de grupo de sociedades, entendiendo por tales tanto los grupos verticales como los grupos horizontales.

En el caso de la categoría de créditos subordinados, tienen esta consideración los créditos de los que fuera titular una sociedad que pertenezca al mismo grupo que la persona jurídica deudora, así como los socios comunes relevantes entre ésta y los de una sociedad acreedora que pertenezca al mismo grupo. Sin embargo, quedan exceptuados de esta calificación aquellos créditos que no respondan a una operación de préstamo u otra análoga cuando los titulares de los mismos sean socios relevantes de la persona jurídica concursada o bien socios relevantes comunes en ésta y otra sociedad perteneciente al grupo. Consideramos que no es posible realizar una interpretación extensiva de esta excepción a los créditos de los que sea titular una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad deudora, puesto que no lo ha previsto la Ley Concursal. Finalmente, una cuestión de especial relevancia es determinar en qué momento la sociedad acreedora que pertenece al mismo grupo que la deudora o bien sus socios comunes deben tener esta consideración para que sus créditos se califiquen como subordinados. La Ley Concursal es clara en cuanto a los socios comunes, pues establece que deben tener esta condición en el momento del nacimiento de su derecho de crédito, con independencia de cuál sea el momento de la declaración de concurso. En cuanto a la condición de sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad deudora, la Ley no se ha pronunciado. Sin embargo, consideramos que la respuesta más acertada es la dada por la jurisprudencia y por un sector mayoritario de la doctrina, que han considerado que se debe seguir el mismo criterio aplicable a los socios relevantes, es decir, el momento determinante para la calificación del crédito como subordinado es la condición de su titular en el momento del nacimiento del mismo.

El otro supuesto analizado es el de las garantías intragrupo en el contexto de una acción rescisoria concursal. Ante la aparente consideración de que toda garantía es un acto a título gratuito y que, por tanto, es una operación en la que el perjuicio, a efectos de la acción rescisoria, se presume *iuris et de iure*, las garantías intragrupo contextuales pueden ser una excepción. En aquellos supuestos en los que la prestación de la garantía ha permitido la concesión de un crédito, el acto no se puede calificar como gratuito, sino oneroso. Esto implicará que la existencia del perjuicio se presume *iuris tantum*, y cabe alegar prueba en contrario. Esta prueba podría consistir en que la prestación de la garantía obedece a un interés del grupo. Sin embargo, también será necesario que la sociedad garante obtenga un beneficio. Por tanto, en estos casos, se debe aplicar la teoría de las ventajas cualitativas y valorar el equilibrio entre el interés del grupo y el beneficio obtenido por la sociedad garante. Tan sólo en aquellos supuestos en los que el perjuicio quede acreditado o bien porque sea de aplicación una presunción *iuris et de iure* o una presunción *iuris tantum*, la garantía podrá ser declarada ineficaz por el ejercicio de una acción de reintegración.

VI Bibliografía

Embid Irujo, J.M.: «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 304/2017, pp. 13 a 40.

«Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 4/2006, pp. 65 a 79.

Escribano Gámir, R.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10/2007, pp. 7 a 59.

Fachal Noguera, N.: «La rescisión de garantías contextuales intragrupo», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm.

40/2017, pp. 223 a 247.

Flores Segura, M.: «El cómputo del período de dos años anteriores a la declaración de concurso para el ejercicio de acciones de rescisión concursal en el caso de los concursos conexos acumulados. Sentencia de 12 de noviembre de 2014», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil* , núm. 98/2015, pp. 355 a 376.

Fuentes Naharro, M.: «La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus "socios comunes" (ámbito subjetivo y aplicación temporal del artículo 93.2.3.º LC)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* , núm. 132/2013, pp. 77 a 99.

García Vicente, J.R.: «La clasificación de créditos», en E. Beltrán, J.A. García-Cruces y P. Prendes (Dirs.), *La reforma Concursal, III Congreso Español de la insolvencia* , Civitas, Thomsom Reuters, Navarra, 2011, pp. 399 a 433.

Garrido García, J.M.^a: «Artículos 92 y 93», en E. Beltrán y A. Rojo (coord.), *Comentario de la Ley Concursal* , Civitas, Madrid, 2004, T. I, pp. 1658 a 1680.

Herbosa Martínez, I.: «La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo)», en *Anuario de Derecho Concursal* , núm. 36/2015, pp. 129 a 169.

León Sanz, F.: «Artículos 71, 71, 73», en E. Beltrán y A. Rojo (coord.), *Comentario de la Ley Concursal* , Civitas, Madrid, 2004, T. I, pp. 1301 a 1335.

López Aparcero, A.: «Concepto de grupo de sociedades y concurso», en *Anuario de Derecho Concursal* , núm. 26/2012, pp. 251 a 272.

Mairata Laviña, J. y Roldán Santías, F.: «Subordinación y grupos de empresas: cuestiones interpretativas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* , núm. 16/2012.

Martín Reyes, M.A.: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* , núm. 12/2010.

Moya Ballester, J.: «Nuevas formas de protección de terceros en el Derecho de grupos», en *Revista de Derecho de Sociedades* , núm. 48/2016, pp. 99 a 124.

«Los grupos de sociedades y la protección de los acreedores», en *Revista de Derecho de Sociedades* , núm. 38/2012, pp. 307 a 324.

Pérez Benítez, J.J.: «Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* , núm. 19/2013, pp. 155 a 164.

«Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 39/2011, de 10 de octubre», en P. Prendes, A. Muñoz (Dirs.), *Tratado judicial de la Insolvencia* , Aranzadi, Navarra, 2012, T. II, pp. 323 a 404.

Pulgar Ezquerro, J.: «El concurso de sociedades integradas en un grupo», en C. Alonso, A. Alonso, G. Esteban (Dirs.), *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma* , Aranzadi, Navarra, 2011, T. II, pp. 447 a 486.

Rodríguez Ruiz de Villa, D.: «Créditos subordinados intragrupo: dos aspectos del estado actual de la cuestión», en *Anuario de Derecho concursal* , núm. 30/2013, pp. 335 a 350.

Sánchez Álvarez, M.M.: «Concepto y clases de grupos en derecho español», en F. Rodríguez, G. Esteban y M. Sánchez (coord.) *Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber Amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara* , Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 723 a 817.

Sánchez-Calero Guilarte, J.: «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», en *Anuario de Derecho Concursal* , núm. 5/2005, pp. 7 a 60.

Sancho Gargallo, I.: «Las acciones de reintegración», en P. Prendes y A. Muñoz (Dirs.), *Tratado judicial de la Insolvencia* , Aranzadi, Navarra, 2012, T. I, PP. 1141 a 1245.

Sanjuán Muñoz, E.: «Grupos de empresas y empresas del grupo. Calificación de sus créditos en el concurso de acreedores», en *Diario la Ley*, núm. 7410/2010.

Satrústegui Menchaca, B. y Fontán García-Ormaechea, A.: «Rescisión concursal de las garantías intragrupo», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25/2016.

Terreros Ceballos, G.: «Grupos de sociedades y concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho concursal*, núm. 18/2009, pp. 245 a 283.

Torres Perea, J.M. de: «Reflexiones sobre la acción rescisoria concursal: propuestas de lege ferenda», en *Anuario de derecho concursal*, núm. 39/2016, pp. 97 a 147.

Vázquez Albert, D.: *La responsabilidad civil en los grupos de sociedades*, en prensa, 2017.

Villoria Rivera, I.: «La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7/2007, pp. 225 a 235.

1 Por orden de 20 de enero de 2016 se creó una Ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que ha elaborado una Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Esta propuesta, que contiene 751 artículos, tiene por finalidad clarificar conceptos y armonizar una serie de normas que modificaron la Ley 22/2003, de 9 de julio. Cabe decir que la materia que es objeto de análisis en el presente artículo se mantiene inalterada.

2 *Vid.* Fuentes Naharro, M.: «La subordinación de créditos de las sociedades del mismo grupo y de sus "socios comunes" (ámbito subjetivo y aplicación temporal del artículo 93.2.3.º LC)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 132/2013, p. 81.

3 *Vid.* Moya Ballester, J.: «Los grupos de sociedades y la protección de los acreedores», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38/2012, pp. 311 y 312. Respecto estas presunciones, este autor precisa que, puesto que el artículo 42.1Ccom no se pronuncia sobre el carácter de las mismas, en aplicación del artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellas presunciones que la ley no califique se deben considerar *iuris tantum*, por tanto, la calificación de *iuris et de iure* queda reservada para aquellas sobre las que la ley se haya pronunciado de forma expresa.

4 *Vid.* Moya Ballester, J.: «Nuevas formas de protección de terceros en el Derecho de grupos», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 48/2016, p. 107. En este caso, se ha considerado que existe mayoría cuando la sociedad matriz posee la mitad más uno de los derechos de voto.

5 *Vid.* Sánchez Álvarez, M.M.: «Concepto y clases de grupos en derecho español», en F. Rodríguez, G. Esteban y M. Sánchez (coord.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber Amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 744 a 746.

6 *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 134/2016, 4 de marzo (RJ 2016, 806).

7 *Vid.* Sánchez Álvarez, M.M.: «Concepto y clases de grupos...», ob. cit., pp. 779 y 780.

8 El texto de la sentencia a la que hacemos referencia es el siguiente: «Que a efectos de la Ley Concursal, la remisión al artículo 42.1 del Código de Comercio suponga que solo tenga la consideración de grupo societario el que ha venido a denominarse grupo "jerárquico" y queden excluidos los grupos "paritarios", "horizontales" o "por coordinación", no supone que, para que la existencia del grupo tenga trascendencia en el concurso, necesariamente tenga que estar involucrada en el concurso la sociedad dominante, bien porque se tramiten como concursos conexos los de la dominante y de una o varias dominadas, bien porque se plantee la subordinación del crédito de la sociedad dominante en el concurso de la dominada (o del crédito de la sociedad dominada en el concurso de la dominante), o porque el acto dispositivo a título oneroso que pretende rescindirse haya sido realizado por la sociedad concursada en favor de la sociedad dominante del grupo (o, si el concurso lo fuera de la sociedad dominante, que hubiera sido realizado en favor de una sociedad dominada). Por el contrario, son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades (bien porque los preceptos correspondientes tengan en cuenta directamente la existencia de grupo, como es el caso de los artículos 25 y 25.bis, bien porque hagan referencia a las personas especialmente relacionadas con el deudor entre las que se encuentran las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso por preverlo así el artículo 93.2.3.º de la Ley Concursal, como es el caso de los artículos 71.3.1.º o 92.5 de la Ley Concursal, entre otros) también cuando las sociedades involucradas son todas ellas sociedades filiales o dominadas dentro del grupo. Así, el artículo 25.bis.3 de la Ley Concursal establece reglas de competencia para el caso de acumulación de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo cuando una de las sociedades en concurso es la dominante, pero también cuando la sociedad dominante no está declarada en concurso y, por tanto, las sociedades integrantes del grupo que están declaradas en concurso son ambas sociedades filiales o dominadas». En el mismo sentido, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 100/2014, de 30 de abril (RJ 2014, 2907).

9 En este mismo sentido se han pronunciado las posteriores sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 118/2016, de 18 de mayo (JUR 2016, 118309), núm. 279/2015, de 3 de diciembre (JUR 2016, 5775) y núm. 170/2015, de 30 de junio (JUR

2015, 206343).

10 *Vid.* Sánchez-Calero Guilarte, J.: «Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5/2005, p. 48

11 *Vid.* Rodríguez Ruiz de Villa, D.: «Créditos subordinados intragrupo: dos aspectos del estado actual de la cuestión», en *Anuario de Derecho concursal*, núm. 30/2013, p. 342.

12 La modificación de este artículo, introducida por la Ley 38/2011, ha supuesto una restricción respecto a la redacción anterior. Antes de la reforma introducida por esta Ley, tenían la consideración de créditos subordinados todos aquellos de los que eran titulares los socios relevantes de cualquier sociedad del grupo.

13 *Vid.* Fuentes Naharro, M.: «La subordinación de créditos...», ob. cit., p. 90 y Pérez Benítez, J.J.: «La clasificación de créditos», en E. Beltrán, J.A. García-Cruces y P. Prendes (Dirs.), *La reforma Concursal, III Congreso Español de la insolvencia*, Civitas, Thomsom Reuters, Navarra, 2011, pp. 399 a 433.

14 Recordemos que el texto literal del artículo 93.2.1 de la Ley Concursal es el siguiente: «Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1. Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

15 *Vid.* Sanjuán Muñoz, E.: «Grupos de empresas y empresas del grupo. Calificación de sus créditos en el concurso de acreedores», en *Diario la Ley*, núm. 7410/2010; Garrido García, J.M.^a: «Artículo 92 y 93», en E. Beltrán y A. Rojo (coord.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, T. I, p. 1679; Villoria Rivera, I.: «La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7/2007, pp. 225 a 235.

16 Por operaciones de análoga finalidad se deben entender todas aquellas en las que haya una simulación, es decir, que bajo la cobertura formal de un contrato bilateral subyace una operación de financiación. *Vid.* Pérez Benítez, J.J.: «La clasificación de créditos», ob. cit., p. 384.

17 En concreto, se citan como créditos excluidos de la consideración de créditos subordinados: los créditos que procedan de compraventas, suministros, arrendamientos de obra o de servicios. Y se citan como créditos incluidos los siguientes: los contratos de apertura de crédito y descuento, los anticipos a cuenta de operaciones en curso o a los pagos por cuenta de sociedades del grupo, así como la financiación externa que queda garantizada por un tercero socio o sociedad del grupo. *Vid.* Rodríguez Ruiz de Villa, D.: «Créditos subordinados...», ob. cit., pp. 345 y 346. En esta línea, como menciona García Vicente, lo decisivo no será la fuente o título en que se justifica, sino si entraña o no concesión de crédito y en la medida en que se produce esta concesión. *Vid.* García Vicente, J.R.: «La clasificación de créditos», en E. Beltrán, J.A. García-Cruces y P. Prendes (Dirs.), *La reforma Concursal, III Congreso Español de la insolvencia*, Civitas, Thomsom Reuters, Navarra, 2011, p. 432.

18 *Vid.* Fuentes Naharro, M.: «La subordinación de créditos...», ob. cit., p. 92.

19 *Vid.* Rodríguez Ruiz de Villa, D.: «Créditos subordinados...», ob. cit., pp. 345 y 346.

20 *Vid.* Sánchez-Calero Guilarte, J.: «Algunas cuestiones concursales...», ob. cit., pp. 48 y 49. Este autor también amplía el ámbito temporal, pues considera que deben ser calificados como subordinados aquellos créditos nacidos en el seno de un grupo de sociedades cuando concurren en el momento de la declaración de concurso o bien dentro de los dos años anteriores, plazo que hace extensible en aplicación del artículo 93.3 de la Ley Concursal, que establece: «Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquier de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso». Garrido García, J.M.^a: «Artículo 92 y 93», ob. cit., pp. 1673 y 1674.

21 *Vid.* Vázquez Albert, D.: *La responsabilidad civil de los grupos de sociedades*, en prensa 2017, pp. 242 y 243; Mairata Laviña, J. y Roldán Santías, F.: «Subordinación y grupos de empresas: cuestiones interpretativas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16/2012; Pérez Benítez, J.J.: «La clasificación de créditos», ob. cit., pp. 397 y 398.

22 *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 134/2016, de 4 de marzo (RJ 2016, 806), núm. 276/2015, de 28 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2722), Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 9 de septiembre de 2014 y de 10 de junio de 2013

23 *Vid.* Sancho Gargallo, I.: «Las acciones de reintegración», en P. Prendes y A. Muñoz (Dirs.), *Tratado judicial de la Insolvencia*, Aranzadi, Navarra, 2012, T. I, p. 1145 y León Sanz, F.: «Artículos 71, 71, 73», en E. Beltrán y A. Rojo (coord.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, T. I, p. 1305. El concepto de actos de disposición patrimonial a efectos del ejercicio de la acción rescisoria se debe interpretar de una manera amplia, incluyendo los contratos, negocios, pagos y declaraciones unilaterales de voluntad que comporten un sacrificio patrimonial. También se deben incluir los actos derivados de comportamientos pasivos que lleven a la pérdida de un activo patrimonial o de la expectativa legítima de adquirirlo.

24 *Vid.* Escribano Gámir, R.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10/2007, p. 22.

25 *Vid.* Escribano Gámir, R.: «El perjuicio en la acción rescisoria concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10/2007, p. 10.

26 *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo núm. 653/2016, de 4 de noviembre (RJ 2016, 5201), núm. 642/2016, de 26 de octubre (RJ 2016, 5359), núm. 340/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2769), núm. 105/2015, de 10 de marzo (RJ 2015, 2678), núm. 428/2014, de 24 de julio (RJ 2014, 4590), núm. 100/2014, de 30 de abril (RJ 2014, 2907), núm. 487/2013, de 10 de julio (RJ 2013, 4998), núm. 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 10415), núm. 662/2010, de 27 de octubre.

27 *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 10415). Resulta relevante esta sentencia,

en la que se analiza un supuesto de pago anticipado, en el que el Tribunal considera que no hay realmente una lesión al patrimonio, pues el pago es debido, sino que se produce una alteración de la *par conditio creditorum*. A pesar de ello afirma que no es posible equiparar el perjuicio con la alteración de la *par conditio creditorum*.

28 Vid. Torres Pérez, J.M. de: «La falta de correspondencia entre prestaciones y perjuicio ex art. 71.1 de la Ley Concursal: estudio jurisprudencial y análisis crítico», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 26/2017.

29 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 211/2016, de 5 de abril (RJ 2016, 1240).

30 En este sentido, se trasladan al ámbito concursal las situaciones contempladas en el Código Civil (arts. 1292 y 1297.1) que contemplan causas específicas de rescisión de los contratos. En el primero de estos artículos, se establece: «Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos». Y en el segundo: «Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito».

31 Entre otros se encontrarían las donaciones, las donaciones remuneratorias, las renunciaciones y condonaciones de deuda. Vid. Sancho Gargallo, I.: «Las acciones de reintegración», ob. cit., pp. 1153 y 1154.

32 Como bien señala Sancho Gargallo, el precepto no sólo incluye los pagos anticipados sino cualquier tipo de extinción de obligación, poniendo como ejemplo la compensación legal. Sancho Gargallo, I.: «Las acciones de reintegración», ob. cit., p. 1159.

33 Vid. Sancho Gargallo, I.: «Las acciones de reintegración», ob. cit., p. 1167.

34 Vid. Sancho Gargallo, I.: «Las acciones de reintegración», ob. cit., pp. 1141 a 1245. Este autor cita que lograría enervar la presunción de perjuicio la prueba de que la constitución de garantía está ligada a una ampliación sustancial del crédito o bien a la concesión de un nuevo término en el vencimiento.

35 Estas operaciones son aquellos actos que constituyan el objeto social en condiciones normales desde un punto de vista económico. Vid. López Aparcero, A.: «Concepto de grupo de sociedades y concurso», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26/2012, p. 265.

36 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 642/2016, de 26 de octubre (RJ 2016, 5359), núm. 487/2013, de 10 de julio.

37 Vid. Sentencias del Tribunal Supremo núm. 206/2017, de 30 de marzo (RJ 2017, 1178), núm. 269/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 2409), núm. 211/2016, de 5 de abril (RJ 2016, 1240), núm. 548/2010, de 16 de septiembre (RJ 2010, 5597) y núm. 662/2010, de 27 de octubre (RJ 2010, 7608). En estas sentencias se declara que la mala fe debe ser entendida no sólo como el conocimiento de la situación de insolvencia del deudor o su proximidad sino los efectos perjudiciales que la transmisión podría ocasionar a los acreedores. La mala fe está compuesta por dos elementos: un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El elemento subjetivo determina que no se requiere la intención de dañar sino la concurrencia de que se afecta negativamente al resto de acreedores. Y el elemento objetivo se traduce en que la conducta del tercero merezca una repulsa ética en el tráfico jurídico. Vid. León Sanz, F.: «Artículos 71, 71, 73», ob. cit., p. 1333.

38 El subadquirente no actúa de buena fe cuando conocía o podía conocer, en el momento en el que adquirió el bien cuál era la situación de insolvencia del deudor cuando transmitió por primera vez el bien y/o la naturaleza y circunstancias de la operación. Sancho Gargallo, I.: «Las acciones de reintegración», ob. cit., p. 1225.

39 En este sentido se han citado expresamente las acciones de nulidad, anulabilidad, declarativa, restitutoria o subrogatoria, que seguirán las normas establecidas en Derecho Civil. Vid. Martín Reyes, M.A.: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12/2010.

40 Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 410/2014[SIC], de 21 de julio (RJ 2014, 4543): «En el momento en que se otorga la garantía hipotecaria por parte de una sociedad del grupo por una deuda de otra sociedad del grupo, no existe una correspectiva prestación a favor de la hipotecante. No existe la contextualidad o simultaneidad de actos o contratos (prestaciones), por los que pudiera calificarse la garantía concedida como un acto oneroso. En el presente caso, al no recibir nada a cambio la hipotecante no deudora, la operación hipotecaria es un acto dispositivo a título gratuito, conforme previene el artículo 71.2 de la Ley Concursal... Pero la garantía se prestó por "obligaciones preexistentes" (art. 71.3.2.º LC), sin que la hipotecante no deudora recibiera nada a cambio en el acto de su otorgamiento. Aun admitiendo, como reconoce la sentencia, que existe grupo por la unidad de dirección (grupo vertical y participativo), la hipoteca no garantizaba un suministro futuro (de tratarse de una hipoteca de máximo, si se prefiere, ex art. 158 bisLH), lo que podría haber destruido la noción de perjuicio. Se trata en el caso enjuiciado de una hipoteca de reconocimiento de deuda y ampliación de la garantía hipotecaria. Se otorga en garantía exclusivamente de obligaciones preexistentes sin que nada recibiera a cambio la hipotecante no deudora. Luego la garantía debe rescindirse, bien porque se da el supuesto del artículo 71.2 de la Ley Concursal, por tratarse de una garantía gratuita, bien porque, se trata de garantizar con hipoteca "obligaciones preexistentes" (art. 71.3.2.º LC) sin que se haya destruido la presunción de perjuicio, que incumbía, en su caso, a la parte demandada».

41 Citada también en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017 (núm. 404/2017 (RJ 2017, 3071), 406/2017 (RJ 2017, 3043), 407/2017 (RJ 2017, 3037)).

42 Vid. Vázquez Albert, D.: *La responsabilidad civil ...*, ob. cit., p. 258. Este autor ha considerado que se deberían considerar actos ordinarios, por tanto, actos excluidos del ámbito de aplicación de la acción rescisoria concursal, los actos realizados en interés del grupo.

43 Vid. Pulgar Ezquerro, J.: «El concurso de sociedades integradas en un grupo», en C. Alonso, A. Alonso, G. Esteban (Dir.), *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, Aranzadi, Navarra, 2011, T. II, p. 466.

44 Vid. Pérez Benítez, J.J.: «Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19/2013, p. 160.

45 Vid. Pulgar Ezquerro, J.: «El concurso de sociedades...», ob. cit., p. 466.

46 Respecto a la teoría de las ventajas compensatorias es posible citar dos corrientes: una primera corriente, que es la que defiende una teoría cuantitativa, y una segunda corriente, que es la que defiende una teoría cualitativa. La primera es aquella que considera que la sociedad garante debe recibir una ventaja que ha de ser cuantitativamente igual que el importe del perjuicio. Por tanto, atiende a los importes de ventaja y perjuicio. De tal forma, que, en atención a la compensación, la sociedad garante debe quedar en una posición como si no hubiese sufrido perjuicio alguno. La segunda es aquella que considera que se debe atender principalmente a la mejoría económica del grupo en su conjunto y examinar si de la misma la sociedad garante recibe alguna ventaja.

47 *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo núm. 100/2014, de 30 de abril (RJ 2014, 2907), fundamento jurídico quinto: «Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que, para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado».

48 Esta sentencia analiza un supuesto en el que el bien hipotecado ha sido transmitido y, por tanto, ya no puede ser objeto de reintegración. Fundamento jurídico trece: «Ahora bien, en los casos en que la finca hipoteca hubiera sido enajenada antes de la declaración de concurso, y por ello o no pudiera ya ser cancelada la hipoteca o con dicha cancelación no se reparaba el perjuicio ocasionado en su día, al tiempo de constituir la garantía para la deudora hipotecante y luego concursada, en ese caso, el efecto de la rescisión no puede ser su cancelación, pues con ello no se satisface el interés de la masa con la rescisión concursal en la medida en que el bien gravado no forma parte de la masa activa. No siendo posible la cancelación de la hipoteca, como efecto consiguiente a la rescisión, la beneficiaria de la garantía debería restituir a la masa el importe de la deuda de la concursada que se cubrió con la constitución de la garantía, siempre que no conste que el valor de la garantía era inferior (en atención al valor de realización del bien en ese momento). Ese sería, de forma orientativa, el desvalor sufrido por el bien hipotecado, cuando se realizó el acto objeto de rescisión, que es la constitución de la hipoteca, y que debió ponerse de manifiesto al tiempo de enajenarse el bien hipotecado (6 de octubre de 2009), cuyo valor se vio minorado por la deuda garantizada».