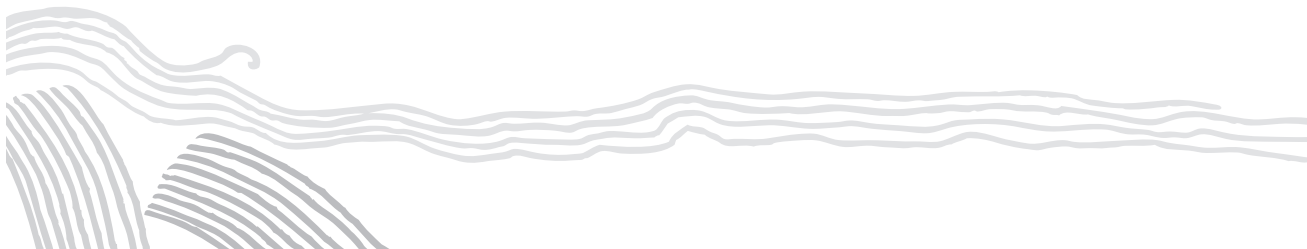


CONTEXTUALIDAD Y OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS
POR DEUDA AJENA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 100/2014,
DE 30 DE ABRIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE*

JOSÉ LUIS MARTOS MORENO

Profesor de Derecho Mercantil
Doctorando FPI Universidad de Huelva

1. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA 100/2014, DE 30 DE ABRIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. 3. VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. ANTONIO SALAS CARCELLER. 4. VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL. 5. CUESTIONES DISCUTIDAS ENTRE LA SENTENCIA Y LOS VOTOS PARTICULARES. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL RÉGIMEN CONCURSAL DE RESCISIÓN DE GARANTÍAS. 6. NORMATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE RESCISIÓN DE GARANTÍAS CONTEXTUALES POR DEUDA AJENA. 7. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DESDE LA ÓPTICA DE LA AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE.





1. ANTECEDENTES DE HECHO DE LA SENTENCIA 100/2014, DE 30 DE ABRIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La sentencia objeto del presente estudio y que será objeto de análisis declaró la rescisión de una hipoteca otorgada por una sociedad, posteriormente concursada, a favor de otra del mismo grupo en garantía de un préstamo que una entidad financiera prestó a esta última.

La secuencia de los hechos podría sintetizarse de la siguiente manera. Una entidad de crédito concedió dos préstamos a una sociedad, los cuales fueron garantizados con dos hipotecas por una sociedad del mismo grupo sobre un bien de su propiedad. Con posterioridad, la primera no pagó ninguno de los plazos de amortización de ambos préstamos y, además, se encontraba en grandes dificultades financieras. Por último, la segunda fué declarada en concurso, por lo que la administración concursal solicitó la rescisión de la garantía que había sido otorgada para asegurar la deuda ajena. El juzgado de la Mercantil ante el que se interpone estimó la demanda y, posteriormente, la confirmó la Audiencia Provincial.

Por ello, la entidad de crédito interpone recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración del artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil, y de casación ante el Tribunal Supremo, concretamente por vulneración del artículo 71 de la Ley Concursal. La demanda se fundamenta en la aplicación contradictoria de la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2, considerando el carácter gratuito del otorgamiento de la garantía hipotecaria, y la presunción *iuris tantum* del artículo 71.3.1º, considerando que es un acto a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada, finalizando todo con la sentencia que será objeto de análisis.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

El Tribunal Supremo entiende que debe producirse la rescisión de la garantía otorgada para asegurar una deuda ajena ya que, constituida sobre la nave industrial en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración de concurso, constituye un acto a título oneroso que ha causado un perjuicio para la sociedad que ha sido declarada en concurso.

Una vez que el Alto Tribunal describe los Antecedentes de Hecho, se manifiesta en los Fundamentos de Derecho sobre tres cuestiones diferentes. En primer lugar, acerca de la onerosidad o la gratuidad de las garantías contextuales otorgadas para asegurar una deuda ajena; en segundo lugar, y aunque esté incluido en la sentencia en el primer

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los Proyectos de Investigación «Principales instituciones del Derecho de la Insolvencia. La reforma concursal. Sociedades y Reintegración (DER 2011-29417- C02-02)» y «Reestructuración Empresarial. Reintegración y Gobierno Corporativo (DER 2014-55427- C2-2-P)»

punto por estar íntimamente relacionado, acerca del perjuicio causado en las garantías otorgadas para asegurar deudas entre sociedades del mismo grupo; y, en último lugar, acerca de qué será objeto de la revocatoria, esto es, si será rescindida únicamente la garantía, o tanto ésta como el negocio jurídico principal del que trae causa.

En lo que al primero de los puntos se refiere, declara el Tribunal que la garantía es onerosa puesto que el acreedor, como contraprestación al otorgamiento de aquella, se ha obligado a una determinada prestación a favor del deudor o del tercero garante. Así, declara que *«la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero»*.

En segundo término, matiza que aunque la garantía sea onerosa no se excluye la existencia del perjuicio, ya que la parte recurrente argumentaba que se excluía éste en las garantías otorgadas entre sociedades del mismo grupo por la simple existencia de este último.

Expone el Tribunal Supremo que al ser considerada la garantía como un acto a título oneroso, en virtud del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal, el perjuicio se presume, si bien con prueba en contrario, debido a que ha sido realizado a favor de una persona especialmente relacionada.

Aun así, se añade que en este caso concreto la presunción no tiene relevancia pues se ha probado el carácter perjudicial debido a que la sociedad garante no ha recibido contraprestación alguna por el otorgamiento de la garantía, para a continuación exponer que *«en las garantías contextuales intragrupo puede considerarse excluida la existencia de perjuicio patrimonial si existe una atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía»*. No es suficiente, en opinión de la Sala, alegar un interés de grupo como hace la parte recurrente, sino que es necesario justificar el beneficio económico obtenido por la sociedad garante.

En fin, la parte recurrente alega que el efecto de la revocatoria debería ser *«la vuelta al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido pues no puede desligarse la hipoteca del negocio jurídico subyacente»*. El Supremo contesta que no puede aceptarse que la garantía y el negocio jurídico principal sean inescindibles.

Expone que *«tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía»*. Manifiesta, igualmente, que al igual que sucede cuando se constituye una garantía para asegurar una deuda preexistente del propio garante, en el presente caso el préstamo queda intacto, sin perjuicio de las responsabilidades a nivel interno entre el acreedor y el deudor como consecuencia de la rescisión.

3.VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. ANTONIO SALAS CARCELLER.

El magistrado D. Antonio Salas Carceller coincide plenamente con los antecedentes de hecho y con su parte dispositiva aunque discrepa parcialmente con la fundamentación otorgada en la sentencia.

Concretamente, muestra su disconformidad con otorgar a esta garantía contextual el carácter de onerosa. En opinión del magistrado, el hecho de constituir una hipoteca sobre un bien propio para asegurar una deuda de un tercero debería ser calificado como un acto a título gratuito si el garante no recibe contraprestación alguna.

A su juicio, no debe atenderse desde el punto de vista del acreedor –como hace el Tribunal- en el sentido en que éste no hubiera concedido el préstamo de no recibir la garantía, sino que debe examinarse desde la perspectiva del garante concursado, pues si nada recibe como contraprestación, la garantía debería ser calificada como gratuita y, por tanto, será de aplicación la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 de la Ley Concursal.

Según su criterio, deberían distinguirse dos conceptos. Por un lado, la causa en sí del negocio jurídico, consistente en otorgar una garantía por deuda ajena sin contraprestación alguna, que deberá reputarse como gratuita; y por otro, el motivo que puede llevar al garante para realizar tal acto, que es ajeno a la causa del negocio, y que no puede ser utilizado para calificar como oneroso o como gratuito un determinado negocio jurídico.

4.VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL.

El magistrado D. Sebastián Sastre Papiol discrepa en dos aspectos con el criterio mayoritario de la Sala. En primer lugar, considera que el «interés de grupo» debería ser motivo suficiente para excluir el elemento objetivo del perjuicio en las garantías contextuales. Y en segundo lugar, en que este tipo de garantías puedan ser objeto de rescisión autónoma, de manera que se deje intacto el negocio jurídico del que trae causa.

En su opinión, deben presumirse onerosas las garantías contextuales, ya que *«el sacrificio del acreedor constituido por la concesión del crédito representa el correspectivo, no sólo de la obligación del deudor (prestatario), sino también de la garantía prestada por el tercero»*.

Además, entiende que lesiona los elementos esenciales del contrato el hecho de rescindir la garantía autónomamente, dejando subsistente el préstamo, por lo que debería rescindirse la operación en su conjunto.

5. CUESTIONES DISCUTIDAS ENTRE LA SENTENCIA Y LOS VOTOS PARTICULARES. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL RÉGIMEN CONCURSAL DE RESCISIÓN DE GARANTÍAS.

Una vez expuestos los Fundamentos Jurídicos de la sentencia y ambos votos particulares, pueden citarse las principales diferencias entre uno y otro y reseñar qué problemas plantea, entre otras muchas, el régimen concursal en materia de rescisión de garantías.

En primer lugar, se discrepa sobre cuando la concesión de una garantía contextual que ha sido constituida para asegurar una deuda de otra sociedad del grupo debe ser considerada como un acto a título oneroso o a título gratuito. Mientras que la sentencia recoge como fundamento para considerarla como onerosa que el acreedor haya recibido la garantía a cambio del préstamo y que sin la concesión de ésta nunca se hubiera obligado el acreedor a una determinada prestación, el magistrado D. Antonio Salas toma como punto de referencia la figura del garante, de tal manera que si no es éste, y no el deudor del negocio jurídico principal, el que recibe una contraprestación por el hecho de haber otorgado la garantía, ésta debe ser considerada como un acto a título gratuito.

Si bien es cierto que como en nuestro ordenamiento jurídico se exige que el acto sea perjudicial, y al haber sido acreditado en este caso sin haberse recurrido a las presunciones del artículo 71 de la Ley Concursal, la consecuencia jurídica, tanto de la sentencia como del voto particular del magistrado, es la misma. Sin embargo esto no tiene por qué ocurrir. Baste señalar que, de no haberse acreditado el carácter perjudicial de una manera tan clara por parte de la Sala, ya que a su juicio éste se produce porque no se ha recibido -expuesto literalmente en la Sentencia- «*atribución patrimonial, siquiera indirecta, a favor de la sociedad garante, de una entidad suficiente para justificar la prestación de la garantía*», la consecuencia entre que fuese considerado el acto como oneroso o como gratuito es enorme, admitiéndose en un caso sí y en otro no la prueba en contrario.

Por otro lado, es también objeto de discrepancia entre la Sala y uno de los votos particulares el hecho de que el «interés de grupo» excluya el carácter perjudicial en el otorgamiento de garantías entre sociedades del mismo grupo. Como se expuso en el primer apartado, la Sala manifiesta que el beneficio del grupo en su conjunto no puede bastar para determinar la inexistencia del perjuicio ya que el beneficio «*no lo ha recibido el grupo, que carece de personalidad como tal, ni la concursada, que se limitó a hipotecar su nave industrial para garantizar el préstamo concedido a la otra sociedad (...)*».

En contraposición con la tesis mayoritaria, el magistrado D. Sebastián Sastre manifiesta que debe tenerse en consideración esa vinculación entre diferentes sociedades que pertenecen al mismo grupo y, por ende, que esa relación sea motivo

suficiente para excluir el carácter perjudicial en el otorgamiento de garantías contextuales. Expone que si no se tiene en cuenta, se perjudica tanto cualitativa como cuantitativamente la concesión de créditos, en cuanto que *«supone obligar a las entidades de crédito a descartar su concesión a personas físicas o jurídicas pertenecientes a un mismo grupo que, por sí solas, no tengan una solvencia autónoma e independiente, sin tener en cuenta las garantías tradicionales, fianza, prenda e hipoteca entre empresas del mismo grupo»*.

La última discrepancia existente consiste en cuál debe ser la consecuencia jurídica de la rescisión de garantías contextuales por deuda ajena, esto es, si como expone la Sala debe rescindirse únicamente la garantía, dejando inalterado el negocio jurídico del que trae causa, en tanto que este último *«es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante»*, o si por el contrario deberían rescindirse ambos, tal y como expone el magistrado D. Sebastián Sastre, por cuanto que la rescisión únicamente de la garantía lesionaría la causa y el consentimiento del negocio jurídico.

6. NORMATIVA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE RESCISIÓN DE GARANTÍAS POR DEUDA AJENA.

La revocatoria concursal de las garantías está prevista en el ordenamiento jurídico italiano en el artículo 64 de la *Legge Fallimentare*¹(en adelante *LF*), previsto para los actos -y por ende, para la constitución de garantías- a título gratuito, y en el artículo 67 para los actos a título oneroso. A su vez, en el *primo comma* de este último, están previstas dos hipótesis diferentes. Por un lado, se establece la revocatoria de las garantías por deudas preexistentes no vencidas –artículo 67.1.3²- y, por otro, por deudas preexistentes vencidas –artículo 67.1.4³-.

Cabe destacar que el periodo sospechoso en el apartado 3º y 4º del artículo 67.1 es de un año y de seis meses respectivamente. La razón es que en el apartado tercero se constituyen garantías concedidas cuando la deuda no está todavía vencida, a diferencia del apartado cuarto, en el que el legislador italiano ha querido sancionar un comportamiento más sospechoso.

-
- 1 Artículo 64 *LF*: *«Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante»*.
 - 2 Artículo 67.1.3 *LF*: *«Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti»*.
 - 3 Artículo 67.1.4 *LF*: *«Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti»*.

Por otro lado, la disciplina del artículo 67.2 LF⁴ sanciona los actos normales efectuados por el deudor fallido, entre ellos, la constitución de garantías contextuales. El periodo sospechoso, en este caso, abarca los seis meses anteriores a la declaración de concurso y la carga de la prueba del hecho objetivo y subjetivo corresponde al curador.

Como puede observarse al leer el artículo 67 LF, el elemento característico que diferencia el apartado primero y el segundo es la contextualidad.

De los temas más controvertidos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española e italiana en materia de rescisión de garantías es determinar cuándo deben considerarse otorgadas a título gratuito u oneroso y cuándo son o no contextuales al negocio jurídico principal. Igualmente, en este último ordenamiento, es la de determinar la aplicabilidad o no de la presunción de onerosidad prevista en el artículo 2901.2 del *Codice Civile*⁵ (en adelante CC) en sede *fallimentare*.

No es objeto del presente estudio exponer las corrientes a favor y en contra de la extensión en sede concursal de lo dispuesto en sede civil. Aun así, es preciso mencionar que la *Legge Fallimentare* no recoge ese carácter automático del *Codice Civile*, por el que la contextualidad deviene onerosidad. La Ley Concursal italiana no ha establecido ningún tipo de presunción, ni *iuris et de iure* ni *iuris tantum*, acerca de la onerosidad o gratuidad ante la falta o no de contextualidad en el otorgamiento de las garantías, sino que demostrar lo anterior corresponde al curador. Claro está, si el acto que pretende ser revocado fue realizado con anterioridad al periodo sospechoso, el curador sólo podrá impugnarlo conforme a la revocatoria ordinaria y, aun estando dentro del procedimiento concursal, aquí sí se aplicará la presunción de onerosidad de las garantías contextuales del artículo 2901.2 CC.

Pero no sólo en la carga probatoria está la diferencia, sino también en si el tercero tendrá la posibilidad de insinuarse en el pasivo concursal con base en el artículo 71 LF, en cuanto que si es declarada gratuita, es como si nada hubiese recibido, y por tanto nada podrá solicitar en el concurso.

Si la garantía se considera prestada a título gratuito, el juez se «ahorra» la carga de determinar si la garantía fue contextual o no al crédito garantizado, ya que, una vez probada la gratuidad, se aplicará sin más la ineficacia prevista en el artículo 64 LF. Por el contrario, si la garantía se califica como onerosa, sí se hace preciso la determinación de la contextualidad o no de la garantía, a los efectos de la aplicación del apartado 1º o 2º del artículo 67LF. Como sabemos, el negocio

4 Artículo 67.2 LF: «Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento».

5 Artículo 2901.2 CC: «Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito».

de garantía es un negocio accesorio al principal. De esta manera, el negocio de garantía, evaluado junto al negocio principal, forma el llamado *contratto collegato*, esto es, la garantía y el negocio principal tienen una causa diferente, aunque hay un nexo de interdependencia⁶

Esto significa que si los contratos son dos, dos deben ser las causas jurídicas por los que nacieron y, por tanto, la contextualidad es sólo un elemento temporal que no puede ser unitario. Así, mientras en el *Codice Civile* la contextualidad basta para calificar un negocio como oneroso, no es así en sede concursal, donde aquella sirve para encuadrar el negocio en el apartado primero o segundo del artículo 67, pero no tiene utilidad a la hora de resolver el carácter oneroso o gratuito de la garantía.

Por ello, para determinar el carácter de ésta, debemos preguntarnos si debemos optar por partir desde el punto de vista del garante, posteriormente concursado, o desde el punto de vista del acreedor.

Una primera corriente doctrinal y jurisprudencial, al igual que la opinión manifestada por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente estudio, opina que debemos atender desde el punto de vista del acreedor. Éste ha concedido una ventaja a su deudor debido a la existencia de una garantía, haya recibido el garante alguna utilidad económica o no. En este caso, la garantía sería considerada a título oneroso.

La *Corte di Cassazione*, sin un criterio claro al cual ceñirse, dio en alguna de sus sentencias por hecho esta teoría, manifestando que «*sin entrar a examinar el problema es suficiente en este punto verificar la calificación de la naturaleza onerosa o gratuita del acto desde el punto de vista del acreedor que recibe el otorgamiento de la garantía*»⁷ y que «*el cumplimiento por parte del concursado se puede configurar como un acto gratuito sólo en la relación entre él mismo y el deudor principal, donde falta una causa onerosa que justifique la liberación del sujeto de su deuda; y no también en la relación entre el concursado y el acreedor, donde el cumplimiento es un acto extintivo de una obligación que deriva de causa onerosa*»⁸.

Igualmente, el magistrado LUCIANO PANZANI ha establecido que «*no es necesario analizar si la ventaja ha sido recibida por el deudor de la obligación principal o el garante ya que el acto será considerado oneroso, puesto que el acreedor ha correspondido única y simplemente por el hecho de haber una garantía*»⁹.

6 BIANCA, C., *Diritto Civile*, vol III, Milano, 1998, p. 454.

7 Sentencia de la Corte di Cassazione 5562/1999, de 7 de junio.

8 Sentencia de la Corte di Cassazione 3265/1989, de 11 de julio, en *Rivista Giurisprudenza Commerciale*, 1990, II, p. 28.

9 PANZANI, L., «Gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso: contrasti interpretativi ai fini dell'azione revocatoria fallimentare», en *Rivista Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1991, p.935. En el mismo sentido, DE MARCHI, G., «Onerosità e gratuità dell'avallo e delle garanzie personali in generale», en *Rivista Diritto Civile*, 1958, I, p. 644; TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, Tomo I. Parte Generale, 1993, p. 68.

Por el contrario, otro sector doctrinal y jurisprudencial considera que debe partirse desde el punto de vista del garante, puesto que si éste no recibe ventaja patrimonial alguna ni por parte del acreedor ni por parte del deudor de la obligación principal¹⁰, el acto será considerado a título gratuito.

En este sentido se ha manifestado también la *Corte di Cassazione* estableciendo que «la gratuidad de los actos previstos en el artículo 64 LF, debe ser atendida desde el punto de vista del garante concursado que realiza actos de disposición sin ninguna contraprestación, obviamente teniendo en cuenta el hecho de que es una relación trilateral y, por tanto, puede excluirse la gratuidad si la contraprestación proviene del deudor principal o del acreedor»¹¹.

De la misma forma, la profesora STEFANIA PACCHI se manifestó estableciendo que «la onerosidad o gratuidad de la garantía deriva de haber o no recibido el garante una contraprestación. En el negocio de garantía es, por tanto, el sacrificio o no del garante el que determina la onerosidad o no»¹².

A falta de una norma como el artículo 2901.2 CC y no aplicando éste en sede concursal, el artículo 64 LF parece no dejar lugar a dudas en que debe analizarse desde la perspectiva del garante.

Con base en este último artículo, el acto no se considera nulo, sino que pierde su eficacia con respecto a la masa de acreedores. Además, el acto sólo está privado de efecto entre los acreedores del garante por lo que el legislador ha querido tutelar la posición de éstos antes que a cualquier otro sujeto.

Por ello, aun habiendo multitud de intereses en juego provenientes de diferentes personas, privilegia los intereses de los acreedores del concursado, por lo que la gratuidad o la onerosidad depende del daño que se ha producido en el patrimonio de este último, esto es, del garante concursado¹³.

10 La propia *Corte di Cassazione* ha manifestado que la contraprestación puede provenir de cualquier sujeto que esté interesado en el cumplimiento de la obligación, por lo que el acto sería calificado como oneroso si la contraprestación es recibida por el garante pero no por parte del acreedor, sino del deudor.

11 Sentencia de la Corte di Cassazione 5616/1992, de 12 de mayo. En el mismo sentido, sentencia de la Corte di Cassazione 5264/1998, de 28 de mayo, en *Rivista Banca Borsa Titoli di Credito*, 1998, II, p.485.

12 PACCHI, S., «Par condicio creditorum, revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1989, fasc. 1-2, p. 49. En este sentido, MAGGIORE, R., «Ancora in tema de gratuità o onerosità dell'attribuzione patrimoniale», en *Rivista Diritto Fallimentare e della società commerciali*, 1992, II, p. 443; SANDULLI, M., *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976, p. 220: «el propio deudor presta una garantía (...) susceptible de ser considerada gratuita u onerosa según haya o no recibido contraprestación»; AMBROSINI, S., *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, p. 55: «si la contraprestación consiste únicamente en conceder crédito, seguramente debemos considerar la garantía prestada como a título gratuito, puesto que el garante no recibe nada a cambio de la concesión de ésta, sino que quien recibe esa "ventaja patrimonial" es el deudor de la relación principal»

13 En este sentido, las sentencias de la Corte di Cassazione 6929/1983, de 21 de noviembre y 10072/2003, de 25 de junio, en *Foro Italiano*, 2003, I, p. 2623: «existe una diferente dirección de tutela, de tal manera que en el sistema civil se parte de la posición del acreedor garantizado mientras que en el sistema concursal se tutelan los intereses de los acreedores del concursado».

En este sentido, si el perceptor de la ventaja no fuera el propio garante, sino el deudor principal, el acto debería ser considerado gratuito en cuanto que el garante no ha recibido contraprestación alguna.

Por otro lado, uno de los negocios que revisten especial interés entre la doctrina y la jurisprudencia tanto española como italiana es un tipo particular de constitución de garantías por deuda ajena: las garantías intragrupo.

En el ordenamiento jurídico italiano, al igual que ocurre en el ordenamiento español, aun estando prevista normativamente la figura de la sociedad controlante y controlada¹⁴, el grupo de sociedades no tiene autónoma relevancia jurídica, puesto que son siempre las sociedades individualmente consideradas las que representan los centros de imputación¹⁵.

Pues bien, desde el punto de vista jurídico, la cuestión gira en torno a lo expuesto con anterioridad. La sociedad controlante puede prestar una garantía a favor de la sociedad controlada (*garanzia discendente*) o, viceversa, de la sociedad controlada a la controlante (*garanzia ascendente*). Pero una vez que la sociedad garante se declara en concurso o el acreedor pretenda ser admitido en el pasivo concursal por el crédito garantizado, se surge el problema al curador de cómo comportarse ante estos actos de la sociedad.

Desde el punto de vista del conflicto de intereses¹⁶, en el que aquellos de la sociedad garante pueden no coincidir con los de la sociedad garantizada, para que pueda desprenderse un interés de grupo, considerado éste como una persecución de fines comunes que trascienden de aquellos de las sociedades de manera aislada¹⁷, la doctrina se ha acogido a la que ha sido denominada como doctrina de las ventajas compensatorias.

Tal teoría legítima que pueda producirse un perjuicio en una sociedad -en este caso la sociedad garante- si posteriormente se produce un beneficio para el grupo en su conjunto y, con ello, la sociedad sea compensada por el perjuicio que sufrió.

14 Artículo 2359 CC: «Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. (...)»

15 AMBROSINI, S., *op. cit.* p. 68: «impossibilità de individualizar en el grupo (...) un centro autónomo de imputación de efectos jurídicos».

16 Artículo 1394 CC: «Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.»

17 Sentencia de la Corte di Cassazione 12325/1998, de 5 de diciembre, en *Giurisprudenza Italiana*, 1999, p. 2317, con nota de Montalenti.

La cuestión es que no hay un criterio uniforme en la Unión Europea para saber cuándo ha de considerarse el perjuicio, sufrido por una sociedad, compensado. En Italia, a diferencia de lo que ocurre en otros Ordenamientos¹⁸, es aplicable la teoría cualitativa, en la que el funcionamiento del grupo se antepone al interés de cada sociedad aisladamente considerada y, por ello, la compensación ha de estudiarse en un procedimiento basado en la racionalidad y la coherencia del acto, aun cuando éste sea perjudicial para la sociedad respecto de una mejoría a medio y largo plazo del grupo en su conjunto de la cual, seguramente, también se beneficie la sociedad que en un principio salió perjudicada, aun cuando sea diferente desde un plano económico o momento diverso respecto de aquel en que tuvo lugar la operación, y según un parámetro que no sea rígidamente proporcional ni necesariamente cuantitativo¹⁹.

La jurisprudencia se ha acogido también a este argumento reconociendo que además del interés de la sociedad matriz y de la sociedad o sociedades filiales, existe un interés de grupo, un interés común. De esta manera niega la subsistencia del conflicto de intereses, la contrariedad al objeto social o la gratuidad del propio acto sobre la base de la aparente desventaja en el mismo momento del otorgamiento de la garantía, si ulteriormente se viese compensado con una ventaja, aun indirecta, al entero grupo y que recayera también en la sociedad garante.

En este sentido, la *Corte di Cassazione* ha excluido la gratuidad de una fianza prestada por una sociedad a otra del mismo grupo en cuanto que la concesión de la garantía permitió a la sociedad garantizada acceder a una posterior línea de crédito que benefició al grupo en su conjunto y, en especial, a la sociedad garante²⁰.

En los mismos términos debe analizarse la cuestión de si el acto debe ser considerado como un acto a título gratuito o a título oneroso, con el fin de revocarlos a la luz del artículo 64 o 67 *LF*.

Como se mencionó al principio de este apartado, conviene en un primer momento distinguir si la garantía ha sido concedida de la sociedad matriz a la filial - *downstream guaranty*- o, al revés, de la filial a la matriz -*upstream guaranty*-.

18 En Alemania, se aplica la teoría cuantitativa, de tal manera que la ventaja debe dejar a la sociedad como si la desventaja jamás se hubiera producido, lo que exige que el perjuicio se compense por completo y de manera cercana en el tiempo.

19 MONTALENTI, P., «Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi», en *Rivista Giurisprudenza Commerciale*, 1995, I, p. 730. En este sentido, GAMBINO, S., «Responsabilità amministrativa nei gruppi societari», en *Giurisprudenza Commerciale*, 1993, I, p. 841.

20 Sentencia de la Corte di Cassazione 9532/1997, de 29 de septiembre, en *Rivista Diritto Fallimentare e della società commerciali*, 1999, II, p. 86. En este sentido, sentencia de la Corte di Cassazione 2001/1996, de 11 de marzo, en *Giurisprudenza Commerciale*, 1997, II, p. 129: «la transferencia a título gratuito de una cesión de crédito por parte de una sociedad a otra del mismo grupo, no supone una donación, puesto que ha sido realizada debido a una directriz del mismo grupo o que resulta ordenada a la consecución de un interés económico, también mediato e indirecto, de la sociedad cedente».

En los casos en que la sociedad matriz otorga la garantía en favor de la filial, el otorgamiento de ésta tiene como justificación asegurar el patrimonio de la controlada, pero además también tiene como objetivo asegurar la participación que la matriz tiene sobre la filial. Aquella obtiene del cumplimiento del acto una ventaja, consistente en dotar de medios financieros una sociedad en la cual tiene parte del control. De igual manera, el profesor ROBERTO SACCHI compara la situación precedente con aquella en la que un socio otorga una garantía sobre un bien propio para asegurar una deuda de la sociedad a la que él pertenece²¹.

El problema surge fundamentalmente cuando la garantía es otorgada en sentido inverso; esto es, de la sociedad filial a la matriz o entre dos filiales. En este caso, la garantía no puede ser calificada a título oneroso, salvo que la filial, debido a la concesión de la garantía, haya obtenido una ventaja por parte de la matriz. En Italia, el otorgamiento de una garantía de una sociedad filial a otra filial, salvo que haya una contraprestación, sea directa o posteriormente indirecta aplicando la doctrina de la ventaja compensatoria, será considerada a título gratuito.

La última cuestión objeto del presente estudio radica en cuál debe ser el objeto de la revocatoria, si debe rescindirse únicamente la garantía o también la obligación principal de la que trae causa.

La solución por la que opta la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia italiana²² es precisamente la rescisión de manera autónoma de la garantía, al igual que ocurre en la sentencia objeto de análisis. Como razones fundamentales exponen que el curador no tiene competencia para impugnar un acto que es ajeno al *fallimento* y que el juez no tiene competencia para rescindir una operación en la que no está en juego el patrimonio del *fallito*, es decir, no puede ser objeto de rescisión un negocio entre un acreedor y un deudor que no sea el concursado.

Por el contrario, el sector minoritario de la doctrina italiana²³ manifiesta, al igual que el magistrado Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol, que la rescisión en supuestos de garantías reales otorgadas para asegurar una deuda ajena no debe afectar únicamente a la garantía, sino también al negocio principal.

21 SACCHI, R., «La prova della gratuità od onerosità dell'atto compiuto dall'insolvente», en *Rivista Giurisprudenza Commerciale*, 1995, I, p. 159. En sentido opuesto, sentencia del Tribunal de Turín de 27 de marzo de 1997, en *Rivista Giurisprudenza Italiana*, 1998, p. 973: «para la determinación de la onerosidad o gratuidad del otorgamiento de una garantía (...) debe haber una compensación económica directa».

22 Entre otros autores, SATTA, S., *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, p. 251.

23 FERRARA. F. y BORGIOI. A, *Il Fallimento*, Milano, 1995, p. 461: «La ley configura el objeto de la revocatoria al acto constitutivo de la garantía, porque es esto lo único que ha podido causar perjuicio a los acreedores, pero se entiende que de la existencia de perjuicio se hace referencia a la entera operación, ya que en la constitución de la deuda y de la garantía hay una recíproca interdependencia (...)».

Consideran que el acreedor concedió el crédito con el refuerzo de la garantía y, en principio, no tendría ningún interés en que aquel subsista sin ella, pues seguramente sin la garantía no lo hubiera concedido. Además, en los supuestos de garantías contextuales sólo se repone la situación anterior si junto a la rescisión de la garantía, se restituye al acreedor el crédito dispuesto. El efecto que se querría con la revocatoria únicamente de la garantía produciría una situación de hecho inédita que nunca se habría dado.

7. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DESDE LA ÓPTICA DE LA *AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE*.

Una vez que ha sido expuesta la doctrina y la jurisprudencia italiana en materia de rescisión de garantías, podemos hacer, con base en ella, algunas consideraciones con respecto al pronunciamiento del Tribunal Supremo y de los votos particulares.

En primer lugar, las garantías intragrupo no tienen que ser calificadas necesariamente como onerosas, más si cabe en las garantías entre sociedades filiales o en las concedidas por una sociedad filial a favor de la matriz. Ahora bien, como la ventaja que recibe la sociedad garante puede ser tanto directa como indirecta, se hace difícil determinar a priori la calificación como onerosa o gratuita de la garantía. Se trata de una cuestión que necesariamente se habrá de apreciar caso por caso.

Con base en esto, la segunda apreciación es que la ventaja para calificar de una u otra manera una garantía no debería hacerse desde el punto de vista del acreedor, sino de la sociedad garante. Si hemos comentado que hay una relación trilateral entre acreedor, deudor y garante y que son dos los negocios existentes en esa relación, no debemos dar por sentado que ambos tienen que ser calificados de la misma forma. Si bien es cierto que el negocio principal es oneroso puesto que el acreedor concede el crédito por tener como correspectivo la garantía, no lo es menos que el negocio accesorio no tiene por qué ser calificado de igual forma que el primero.

Por último, si el fundamento de una acción rescisoria concursal es que el acto en concreto haya causado un perjuicio para la masa activa, es imposible justificar éste en un negocio jurídico celebrado entre dos terceros, en cuanto que en nada interviene el garante concursado. Desde mi punto de vista, no sería acertado que el Tribunal declarase la rescisión de un negocio en el que el patrimonio del garante no se encuentra inmerso, por lo que la rescisión debe afectar de manera autónoma a la garantía.

