

El contrato de cash pooling en los grupos de sociedades. Aspectos societarios y concursales

Silvia Valdés Pons

<http://hdl.handle.net/10803/669572>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

TESIS DOCTORAL

Título	El contrato de <i>cash pooling</i> en los grupos de sociedades. Aspectos societarios y concursales.
Realizada por	Silvia Valdés Pons
en el Centro	ESADE Law School
y en el Departamento	Derecho
Dirigida por	Dr. José Machado Plazas / Dr. Miguel Trías Sagnier

A mis padres y a mi hermano, por su ejemplo, confianza e inestimable apoyo; y a toda mi familia y amigos más queridos, por su permanente generosidad y lealtad.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en primer lugar la iniciativa y colaboración de la Facultad de Derecho de ESADE en el programa de Doctorado en Derecho Económico y de la Empresa. De forma muy especial, agradezco a mis directores de tesis, los Doctores Don José Machado Plazas y Don Miguel Trías Sagnier, su tiempo e implicación durante todo el proceso de elaboración del trabajo, así como sus valiosas aportaciones que tanto han contribuido al resultado final. Asimismo, quiero expresar mi reconocimiento al Doctor Don Juan Hernández Martí por la generosa y desinteresada lectura crítica de la presente investigación, como también por la sugerencia del tema analizado durante mis estudios en la Facultat de Dret de la Universitat de València, en cuyas aulas me he formado y a la que tanto debo. Todos ellos han sido para mí un vivo ejemplo de rigor y de compromiso en la tarea de la investigación jurídica que siempre tendré presente. Por último, mi agradecimiento a la Fordham University School of Law de Nueva York por su excelente acogida y por la visión internacional que me proporcionó sobre la materia de investigación. Allí tuve ocasión de compartir criterios con la Doctora Doña Alessandra Daccò que sin duda han enriquecido este estudio.

RESUMEN

En el presente trabajo se examina el contrato de *cash pooling* en los grupos de sociedades. El contrato puede definirse como un modelo de gestión centralizada de la tesorería que tiene como finalidad principal optimizar la posición global del conjunto. La ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico español tanto del contrato de *cash pooling* como de los grupos de sociedades, plantea notables problemas que no pasan desapercibidos desde el punto de vista del Derecho positivo. En esta tesis se analizan, en concreto, los de naturaleza contractual, societaria y concursal.

ABSTRACT

This research paper assesses the cash pooling contract in company groups. The contract can be defined as a system of centralized management of treasury whose main purpose is to optimize the global position of the whole group. The absence of regulation in the Spanish legal system of both the cash pooling contract and the groups of companies, raises notable problems that do not go unnoticed from the point of view of positive Law. In particular, problems from the contractual, corporate and bankruptcy nature are being analyzed along this paper.

INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En los últimos años, determinadas circunstancias como el aumento de la competitividad entre las empresas o el encarecimiento de sus costes esenciales, han dado lugar a un nuevo panorama económico y empresarial que ha obligado a las empresas a adoptar nuevos modelos de organización y gestión que les permitan combatir las referidas fuerzas de mercado y lograr una racionalización y organización eficiente de la actividad, eliminando costes innecesarios y aumentando su rentabilidad tanto como sea posible. En este contexto destaca el contrato de *cash pooling* en los grupos de sociedades, un sistema de gestión centralizado de la tesorería que contribuye a la optimización de los recursos. En el capítulo primero del trabajo abordaremos las particularidades de este modelo de gestión.

Pese a las innegables ventajas económicas y empresariales que presentan las mencionadas formas de organización, lo cierto es que revelan problemas que no pasan desapercibidos desde el punto de vista del Derecho positivo. Tanto los grupos de sociedades como el contrato de *cash pooling* carecen de regulación en nuestro ordenamiento societario, con lo que su introducción en un entorno jurídico cuyas normas societarias han sido elaboradas en referencia a un modelo de sociedad autónoma e independiente, y con órganos sociales que actúan en interés de la misma, provoca ciertos problemas de descoordinación que suelen determinar una ruptura de la autonomía organizativa y patrimonial de las sociedades del grupo, así como notables deficiencias de protección que la mayor parte de las veces afectan a los socios minoritarios y a los acreedores. Dadas las circunstancias, en el segundo capítulo se pretenden identificar, y en la medida de lo posible, resolver, las dificultades que presentan tales modelos de organización y gestión.

A los problemas de carácter societario naturales, en circunstancias aisladas y excepcionales, se unen otros tantos que son el resultado de un funcionamiento anómalo o patológico del grupo o del contrato de *cash pooling*. Éstos suelen ir

asociados a situaciones de abuso o de injerencia negativa por parte de la sociedad cabecera del grupo sobre las demás sociedades participantes, que naturalmente comportan responsabilidades no solo para la parte que actúa en abuso de poder sino también para la que lo sufre, por no impedir las actuaciones perjudiciales. Las manifestaciones patológicas y los deberes y responsabilidades de las partes se examinan en el capítulo tercero.

No son menos importantes las cuestiones que se plantean en el ámbito del Derecho concursal, y más concretamente las concernientes a los efectos que la declaración de concurso de alguna de las sociedades del grupo puede tener sobre los continuos flujos de tesorería que con ocasión del contrato de *cash pooling* se efectúan entre las sociedades filiales y la matriz. En el capítulo cuarto se revisan brevemente los instrumentos de la compensación y subordinación concursal, y de manera más detallada la acción rescisoria, por ser en ésta donde surgen los principales interrogantes en el ámbito de un grupo de sociedades con estructura de *cash pooling*.

Puede ocurrir que el concurso de alguna de las sociedades pertenecientes al grupo haya sido calificado como culpable, a consecuencia de las conductas dolosas y gravemente culposas de personas con poder de decisión en la empresa que habrían contribuido a la causación o agravación de la insolvencia. En el caso que nos ocupa, se han detectado relevantes incumplimientos del deber de llevanza de la contabilidad, así como salidas fraudulentas de bienes y derechos del patrimonio del deudor. La calificación culpable del concurso da lugar a la imposición de ciertos efectos personales y patrimoniales sobre la persona que ha actuado con dolo y culpa grave, y en determinadas ocasiones a una responsabilidad concursal con naturaleza resarcitoria. Se procede al estudio de estas cuestiones en el capítulo quinto y último del trabajo.

ÍNDICE

RESUMEN.....	VII
INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES	9
Capítulo I. El contrato de <i>cash pooling</i>.	19
I. Concepto.	19
1. El contrato de <i>cash pooling</i>	20
1.1. Concepto.....	20
1.2. Clases.	21
1.3. Significado y función económica.....	23
1.4. Caracteres generales.	25
1.5. Duración y terminación del contrato.	35
2. La centralización de cobros y pagos por la sociedad <i>pooler</i>	37
2.1. Concepto.....	37
2.2. Significado y función económica.....	38
2.3. Caracteres generales.	38
II. Naturaleza jurídica del contrato de <i>cash pooling</i>.	40
1. Planteamiento.....	40
2. La cuenta corriente mercantil. Objeción: compensación no progresiva y fundamento causal insuficiente.	41
3. El depósito bancario. Objeción: incumplimiento de las reglas bancarias.....	45
4. El depósito irregular. Objeción: ausencia de custodia por transmisión de la propiedad y falta de garantía de reembolso en cualquier momento indeterminado; El contrato de préstamo. Objeción: ausencia de disfrute y fundamento causal insuficiente.....	48
5. (<i>Continuación</i>) El contrato de préstamo. Tesis acogida por la doctrina mayoritaria.	55
6. Los barridos de liquidez como un contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente.....	56
7. La sociedad interna. Objeción: connotaciones societarias implícitas pero insuficientes.....	58
8. Contrato de comisión mercantil. Tesis acogida por la mayoría de la doctrina; Contrato de agencia. Objeción: finalidad de promoción.....	60
9. Síntesis. Necesaria calificación del <i>cash pooling</i> como un contrato atípico y mixto.	63

III. Naturaleza jurídica de la centralización de cobros y pagos por la sociedad <i>pooler</i>.	63
1. Planteamiento.....	63
2. Contrato de mandato o comisión mercantil de sociedades participantes a sociedad <i>pooler</i>	64
3. Compensación progresiva de los créditos en el contexto de una relación jurídica bilateral. El contrato de comisión mercantil con pacto de cuenta corriente.....	67
4. El <i>netting</i> multilateral como otra opción para liquidar las obligaciones entre las partes.....	69
IV. Elementos subjetivos, objetivos y formales.	70
1. Elementos subjetivos.....	70
2. La actividad desarrollada por la sociedad <i>pooler</i> no es asimilable a la actividad natural de un establecimiento de crédito.....	71
3. Elementos formales.....	74
V. Contenido.	75
Capítulo II. Aspectos de Derecho Societario (1)	79
I. Planteamiento	80
II. Consideraciones generales sobre el grupo de sociedades.	80
1. Noción del grupo de sociedades.....	80
2. Significado y función económica.....	89
3. La realidad empírica de los grupos de sociedades, los problemas de coordinación con el Derecho positivo, y la sistematización de un Derecho de grupos.....	90
4. El modelo de la organización y el modelo de la protección.	93
5. Tipología general de los grupos de sociedades.	96
III. Delimitación de nuestro supuesto de hecho	97
1. La centralización funcional en los grupos de sociedades. Aspectos generales.....	97
2. La centralización de la función de la tesorería. Significado económico.....	98
2.1. El alcance de la centralización de la función de la tesorería en el concreto ámbito de un contrato de <i>cash pooling</i>	99
2.2. Los beneficios que ofrece la centralización de la tesorería en los grupos de sociedades.	100
IV. El Derecho de sociedades vs. los grupos de sociedades. Órganos sociales vacíos de contenido en el contexto de los grupos de sociedades verticales.	102
V. La conformidad del contrato de <i>cash pooling</i> al interés social de las sociedades filiales.	103
1. Consideraciones previas.....	105

2. Reflexión en torno al concepto de interés del grupo: contenido y límites.	112
3. Mecanismos de protección en consecución de un interés de grupo instrumental.	119
4. Las ventajas compensatorias.....	119
4.1. Defensa de un sistema compensatorio cuantitativo en lugar de uno cualitativo.	120
4.2. El falso obstáculo a la aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias.	130
4.3. Las ventajas compensatorias en el Derecho proyectado español.	130
4.4. La doctrina de las ventajas compensatorias y la sentencia 695/2015 de 11 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo.	132
4.5. El sistema compensatorio en el Derecho comparado.....	134
5. La dirección unitaria, las instrucciones vinculantes y los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades dependientes.	137
5.1. Los flujos de información en el contrato de cash pooling.....	146
a) Flujo de información de los administradores de la sociedad matriz o pooler a los administradores de las sociedades filiales, y el derecho- deber de información de los administradores de las sociedades filiales.....	146
b) Flujo de información de los administradores de las sociedades filiales a los administradores de la sociedad matriz o pooler.....	146
c) El derecho de los socios minoritarios a recibir información adecuada de los administradores de la sociedad filial sobre el contrato de cash pooling celebrado. Referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2014.	149
VII. Cuestiones relativas a la decisión de celebrar un contrato de cash pooling. 154	
1. Órgano competente para deliberar acerca de la celebración de un contrato de cash pooling. Debate: Junta general o Consejo de administración.	154
1.1. La sustitución de la regla de la propiedad por una regla de responsabilidad como solución a los eventuales costes estratégicos que genera la regla de la abstención.	164
2. Delegación de la función de tesorería por el órgano de administración de la sociedad filial a la sociedad pooler.....	171
VIII. La celebración de un contrato de cash pooling no produce una modificación sustancial del objeto social ni un derecho de separación del socio disidente.....	173

IX. No existe una influencia dominante de la sociedad <i>pooler</i> a las sociedades filiales, pero sí una dependencia económica de éstas últimas a la sociedad <i>pooler</i>.	177
Capítulo III. Aspectos de Derecho Societario (2).	179
I. Introducción.	179
II. Manifestaciones patológicas.	181
1. Planteamiento.	181
2. Abuso del poder de dirección unitaria.	182
2.1. La figura del administrador de hecho. Estado de la cuestión en derecho español y breve referencia a la experiencia francesa.	182
2.2. Propagación de la crisis entre las empresas del grupo.	193
3. La confusión de patrimonios. Estado de la cuestión en derecho español y breve referencia a la experiencia francesa e italiana.	195
4. La doctrina del levantamiento del velo. Estado de la cuestión en España y breve referencia a la experiencia estadounidense.	199
III. El principio de conservación de capital social en las operaciones de tesorería realizadas en el ámbito de un grupo de sociedades y más concretamente, en el contexto de un contrato de <i>cash pooling</i>.	202
1. La transferencia de liquidez de la sociedad <i>pooler</i> a las sociedades participantes (<i>downstream loans</i>) y la doctrina de la infracapitalización nominal.	203
2. Las transferencias de fondos realizadas por la sociedad al socio en relación a la aplicación de la doctrina del capital social.	210
IV. Deberes y responsabilidades de las partes.	213
1. Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades participantes.	213
2. Deberes y responsabilidades de la sociedad <i>pooler</i> y de sus administradores.	217
2.1. Especial referencia a la responsabilidad de la sociedad <i>pooler</i> . Consideraciones generales.	218
2.2. Deber de impedir la propagación de la crisis e insolvencia. Responsabilidad societaria de los administradores, y responsabilidad contractual y extracontractual de la sociedad <i>pooler</i> .	222
2.3. Responsabilidad por la ausencia de una compensación adecuada.	232
Capítulo IV. Aspectos de Derecho Concursal (1).	233
I. El concepto de grupo de sociedades en el ámbito concursal.	233

II. Planteamiento. Breve revisión de los instrumentos de compensación, subordinación y rescisión de créditos concursales.	236
III. El instituto de la rescisión concursal. Consideraciones generales y fundamento.	243
1. Naturaleza jurídica y fundamento de las acciones de rescisión concursal.	244
2. Presupuestos.	249
2.1. La declaración previa del concurso de acreedores.	249
2.2. El acto del deudor perjudicial para la masa activa.	250
2.3. Significado del perjuicio para la masa activa.	252
2.4. La prueba general de la perjudicialidad del acto y las presunciones absolutas y relativas de perjuicio.	259
2.5. Periodo sospechoso de dos años y ausencia de vinculación entre el acto perjudicial y la insolvencia del deudor.	261
IV. La rescisión concursal y el <i>cash pooling</i>.	263
1. Los actos de disposición objeto de rescisión concursal.	264
1.1. Flujos de tesorería ascendentes y descendentes: préstamos, reembolso de préstamos y pago de intereses.	264
a) Reembolso de préstamo “societario” sustitutivo de capital social.	264
1.2. Garantías contextuales sobre deuda ajena.	268
1.3. La ampliación de capital por compensación de créditos. Sus particularidades en sede de un acuerdo de refinanciación.	272
2. Causas de enervación de la presunción de perjuicio patrimonial.	277
2.1. La obligación contractual de realizar el pago por compensación durante el periodo sospechoso.	277
2.2. La compensación automática que media en el pago a tercero.	280
2.3. El interés del grupo instrumental y las ventajas compensatorias.	280
a) Especial referencia a las garantías contextuales o intragrupo.	282
2.4. Acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.	289
V. Los efectos de la rescisión para las personas especialmente relacionadas.	296
V. Otras acciones rescisorias.	299
Capítulo V. Aspectos de Derecho Concursal (2)	301
I. Planteamiento.	301
II. El sistema de calificación concursal. Consideraciones generales y fundamento.	302
1. El concurso culpable.	312

1.1. La cláusula general de culpabilidad.....	312
1.2. Los supuestos legales de concurso culpable.....	318
1.3. Presunciones iuris tantum de culpabilidad.....	322
2. Aspecto subjetivo de la calificación concursal.....	324
3. Efectos personales y patrimoniales de la calificación culpable.....	326
3.1. Sanción con carácter personal: la inhabilitación.	327
3.2. Sanciones con carácter patrimonial: pérdida de derechos, devolución de bienes e indemnización de daños y perjuicios causados.....	329
III. La calificación concursal y el contrato de <i>cash pooling</i>.....	332
1. Conductas culpables.....	332
a) Caracteres generales.....	333
b) Jurisprudencia.....	336
1.2. Irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Caracteres generales y jurisprudencia.	340
a) Caracteres generales.....	340
b) Jurisprudencia.....	344
2. Personas afectadas por la calificación: administradores de derecho y de hecho. Jurisprudencia.	347
3. Efectos personales y patrimoniales. Jurisprudencia.....	352
IV. La responsabilidad concursal.	352
1. Los presupuestos del artículo 172 bis de la Ley concursal y la configuración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria... 352	
V. La responsabilidad concursal y el contrato de <i>cash pooling</i>.....	361
1. Compatibilidad de la responsabilidad concursal con las demás acciones civiles y societarias de responsabilidad.....	361
2. La incidencia de la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio, y de la irregularidad contable en la generación o agravación de la insolvencia.	364
2.1. Jurisprudencia.....	368
3. Individualización de la condena.....	371
4. Notas finales.....	372
CONCLUSIONES.....	373
BIBLIOGRAFÍA	387
1. Fuentes primarias.....	387
1.1. Derecho español.....	387
a) Derecho español proyectado.	388

1.2. Derecho comunitario.....	388
a) Derecho comunitario proyectado.....	389
1.3. Derecho italiano.	389
1.4. Derecho inglés.....	390
1.5. Derecho alemán.....	390
1.6. Derecho portugués.....	390
1.8. Derecho francés.....	391
2. Fuentes secundarias:	392
<i>Tabla de resoluciones citadas</i>	392
<i>Bibliografía</i>	401

Capítulo I. El contrato de *cash pooling*.

SUMARIO: I. Concepto. 1. El contrato de *cash pooling*. 1.1. Concepto. 1.2. Clases. 1.3. Significado y función económica. 1.4. Caracteres generales. 1.5. Duración y terminación del contrato. 2. La centralización de cobros y pagos por la sociedad *pooler*. 2.1. Concepto. 2.2. Significado y función económica. 2.3. Caracteres generales. **II. Naturaleza jurídica del contrato de *cash pooling*.** 1. Planteamiento. 2. La cuenta corriente mercantil. Objeción: compensación no progresiva y fundamento causal insuficiente. 3. El depósito bancario. Objeción: incumplimiento de las reglas bancarias. 4. El depósito irregular. Objeción: ausencia de custodia por transmisión de la propiedad y falta de garantía de reembolso en cualquier momento indeterminado; El contrato de préstamo. Objeción: ausencia de disfrute y fundamento causal insuficiente. 5. (*Continuación*) El contrato de préstamo. Tesis acogida por la doctrina mayoritaria. 6. Los barridos de liquidez como un contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente. 7. La sociedad interna. Objeción: connotaciones societarias implícitas pero insuficientes. 8. Contrato de comisión mercantil. Tesis acogida por la mayoría de la doctrina; Contrato de agencia. Objeción: finalidad de promoción. 9. Síntesis. Necesaria calificación del *cash pooling* como un contrato atípico y mixto. **III. Naturaleza jurídica de la centralización de cobros y pagos por la sociedad *pooler*.** 1. Planteamiento. 2. Contrato de mandato o comisión mercantil de sociedades participantes a sociedad *pooler*. 3. Compensación progresiva de los créditos en el contexto de una relación jurídica bilateral. El contrato de comisión mercantil con pacto de cuenta corriente. 4. El *netting* multilateral como otra opción para liquidar las obligaciones entre las partes. **IV. Elementos subjetivos, objetivos y formales.** 1. Elementos subjetivos. 2. La actividad desarrollada por la sociedad *pooler* no es asimilable a la actividad natural de un establecimiento de crédito. 3. Elementos formales. **V. Contenido.**

I. Concepto.

Si bien es cierto que existen múltiples formas para lograr la centralización de la tesorería en los grupos de sociedades, en este trabajo nos ocuparemos de las dos más utilizadas en la práctica jurídica actual: (1) el contrato de *cash pooling* de traspaso saldo cero o “*zero balancing*” y (2) la centralización de cobros y pagos, considerado como una extensión del primero.

1. El contrato de *cash pooling*.

1.1. Concepto.

El *cash pooling* es un modelo de gestión centralizada de la tesorería de creciente uso en la actualidad. Su utilización suele darse en los grupos de sociedades y en empresas con delegaciones generalmente dispersas geográficamente.

Pese a que carecemos a día de hoy de un concepto legal del mismo, el *cash pooling* ha sido definido por numerosa doctrina y jurisprudencia desde una vertiente fundamentalmente económica como un pacto en virtud del cual, las empresas que participan en él, se obligan a traspasar de manera periódica – normalmente, a diario- sus saldos acreedores y deudores a una cuenta contable común (en adelante, “cuenta centralizadora”), obligándose una de ellas, la sociedad *pooler* (generalmente la matriz u otra sociedad perteneciente al grupo de sociedades¹), a gestionar los saldos consolidados en la misma con la finalidad principal de optimizar la posición global del conjunto. El *cash pooling* implica pues un sistema de transacciones inter compañías. En la medida en que el saldo transferido a la cuenta centralizadora sea positivo, se entiende que hay un préstamo desde la sociedad participante a la sociedad *pooler* (en adelante, *upstream*), mientras que si el saldo transferido a la cuenta común es negativo, el préstamo se considera realizado desde la sociedad *pooler* a la participante (en adelante, *downstream*). De esta manera, se logra compensar los déficits de tesorería que pueden tener unas empresas con los excedentes que presenten las otras².

¹ En este trabajo, la sociedad *pooler* se identificará con la sociedad matriz en todos los supuestos.

² Entre otros trabajos que definen el contrato de *cash pooling*, pueden destacarse los siguientes: DACCÒ, ALESSANDRA, *L' accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Giuffrè editore, Milano, 2002; AAVV, *International Cash Pooling*, ed. Jansen Justus, Sellier European Law Pub, Múnich, 2011, pp. 306; GUY, DAVIS/ HARRIS, TONY/ LAMB, MARK, *Cash pooling and Insolvency*, ed. Global Law and Business (Marcel Willems), Londres; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Contrato de Cash Pooling”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, 2014, pp. 233-266; RUGGERI, LUCA, “Brevi note circa il cash pooling. Nota a commento Tribunale Pistoia del 17 febbraio 2010”, *IL CASO.it*, Sezione II – Dottrina, opinioni e intervinenti, documento núm. 229, 2011; LORENZI, FRANCESCA, “Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare e finanziamenti infragruppo”, *Studio*

A pesar de la aparente simplicidad de este modelo de gestión, hay que empezar por advertir su compleja configuración. Como se verá a lo largo del trabajo, determinar su naturaleza jurídica, sus caracteres generales, sus elementos subjetivos, objetivos y formales, así como también los derechos y las obligaciones que asumen las partes, constituyen cuestiones extraordinariamente controvertidas.

1.2. Clases.

La gestión centralizada de la tesorería en un grupo de sociedades puede lograrse a través de distintos esquemas contractuales y como resultado, el *cash pooling* puede estructurarse de diversas formas. Con carácter general, suele distinguirse entre los *physical cash pooling* y los *notional cash pooling*³.

En el caso de un *physical cash pooling* se producen efectivas transferencias de fondos entre las cuentas bancarias periféricas y la cuenta centralizadora. De manera periódica, el saldo de cada cuenta periférica se transfiere automáticamente a la cuenta principal, con el objetivo de centralizar en una sola cuenta la tesorería de todas las empresas participantes. Si alguna de las cuentas periféricas presenta

legale Dolmetta e Salomone, D&S, 2015, disponible en: <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/societa/cash-pooling-profilidi-revocabilita-fallimentare-e-finanziamenti-infragrupo>; TREVISAN, TAMARA, “Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1)”, Fisco Oggi, 2006, disponible en: <https://www.fiscooggi.it/rubrica/attualita/articolo/cash-pooling-aspetti-civilistici-e-fiscali-1>; VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)”, German Law Journal, vol. 9, issue 9 (Special issue – Reform of Germany’s Private Limited Company (GmbH)), 2008, pp. 1155-1176; SERRANO OLIVARES, RAQUEL, “Grupo de empresa a efectos laborales y cash pooling”, IUSLabor, núm. 1, 2014, p. 1; VALMAÑA CABANES, ANTONIO, “Contrato de cash pooling y responsabilidad de administradores”, Cont4b13, núm. 63, 2017, pp. 14-16.

³ Entre otros: GUY DAVIS, TONY HARRIS, MARK LAMB, *Cash pooling and Insolvency*, cit.; AAVV, *International Cash Pooling*, Jansen Justus (ed.), cit., pp. 2-4; ORTEGA VERDUGO, FRANCISCO JAVIER, “Modelo para implantar una tesorería centralizada en un grupo empresarial”, Estrategia Financiera, núm. 219, julio-agosto, 2005, pp. 20-28; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Contrato de Cash Pooling”, cit., pp. 236 y 237; RUGGERI, LUCA, “Brevi note circa il cash pooling...”, cit., p. 3; LORENZI, FRANCESCA, “Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare e ...”, cit.; VETTER, JOCHEN/SWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German...”, cit., p. 1156.

deuda, la sociedad *pooler*, desde la cuenta centralizadora, le realizará una transferencia por el débito que presente. La modalidad más común de este sistema es el *zero balancing*, también conocido como “traspaso saldo cero”. Al final de cada día laboral, cada sociedad participante transfiere automáticamente todo el saldo positivo o negativo a la cuenta centralizadora. Cada entrada de fondos en la cuenta común se sigue de una entrada equivalente pero de valor inverso en la cuenta periférica. De este modo, el balance de la cuenta periférica, al final de cada día siempre reflejará un saldo igual a cero.

De forma opuesta, un *notional cash pooling* no contribuye a una asistencia financiera, es solo un mecanismo de optimización de intereses. Este sistema no implica efectivos movimientos de fondos sino únicamente apuntes contables. Los estados contables de las diversas cuentas periféricas se compensan de forma virtual, resultando de todas ellas una posición neta que puede ser positiva o negativa. El banco, cada día, calcula y carga o paga los intereses correspondientes sobre el saldo que refleja la cuenta común.

Los *notional* son sistemas más simples y sencillos que los *physical*. No requieren de acuerdos intragrupo demasiado complejos, por lo que su ajuste a la normativa societaria no comporta grandes dificultades. Este sistema resulta además bastante atractivo desde una perspectiva fiscal y concursal, a razón de que cada empresa participante conserva su autonomía en ambos sentidos. También se ha comprobado en éstos un ahorro económico importante con respecto a los *physical* debido a la menor implicación administrativa.

A pesar de ello, en términos generales, los *physical cash pooling* son más comunes que los *notional cash pooling*, sobre todo en los grupos multinacionales. Uno de sus principales atractivos es que en ellos se muestra la verdadera imagen financiera de cada cuenta participante en cualquier momento, si bien, son sistemas más complejos debido a que las transferencias reciben el tratamiento de préstamos inter compañías. En este sentido, deben observarse diversos aspectos societarios relacionados con la garantía, la normativa relacionada con las operaciones

vinculadas, o el tratamiento concursal que merecen dichos créditos como consecuencia de una posible insolvencia.

En este trabajo nos vamos a limitar a estudiar los *physical cash pooling* y en particular, la modalidad del *zero balancing*, dado que la problemática jurídica se plantea con ocasión de la transferencia efectiva de fondos entre las cuentas periféricas y la cuenta centralizadora, particularmente en el seno de un grupo de sociedades.

1.3. Significado y función económica.

Es un hecho el aumento de la competitividad en el que cada vez más tienen que moverse las empresas, situación que se ve incrementada en los momentos en que aparecen episodios cíclicos de crisis. Esta situación obliga a adoptar nuevos modelos de organización y gestión que les permitan lograr una mayor eficacia de sus recursos, eliminando costes innecesarios y aumentando la rentabilidad tanto como sea posible. En este contexto hay que situar los procesos de mejora de la gestión de la tesorería de las empresas por medio de la implementación de sistemas que permitan la optimización de sus recursos. A este fin contribuye el *cash pooling*, un sistema de gestión centralizado de la tesorería cada vez más utilizado, fundamentalmente en el caso de los grupos de sociedades⁴.

⁴ DVORÁKOVÁ, LILIA/ KRONYCH, JIRI/ MALÁ, ANDREA, “Treasury management in strategic and operative corporate management”, University of West Bohemia, Czech Republic, pp. 119-126; WÖLFING, DIRK/ MOORMANN, JÜRGEN, “Cash management in transition: From cash management to cash process management”, Journal of Payments Strategy & Systems Volume, núm. 4, vol. 11, 2017, pp. 343-354; ORTEGA VERDUGO, FRANCISCO JAVIER, cit., p. 26; SAN JOSE, LEIRE/ RETOLAZA, JOSE LUIS, “Under the cash pooling: does the cooperation matter”, Business: Theory and Practice, 2013, pp. 209- 216; GADEA, JESÚS/ SANTOMÁ, JAVIER, “Centralización de los servicios de tesorería. Caso práctico”, Estrategia financiera, núm. 217, 2005, pp. 30 a 37; SERRANO OLIVARES, RAQUEL, “Grupo de empresa a efectos laborales y cash pooling”, cit., pp. 1 y 2; VALMAÑA CABANES, ANTONIO, “Contrato de cash pooling y responsabilidad...”, cit., p. 14.

El sistema de *cash pooling* supone que los saldos que cada una de ellas tenga, unos deudores y otros acreedores, puedan compensarse entre ellos, de manera que las necesidades globales de financiación que en un momento dado puedan presentarse sean menores, disminuyéndose los costes financieros en que se incurra. Del mismo modo, en el caso de que tras esta compensación de saldos resulte un excedente del que pueda lograrse una adecuada rentabilidad, resultará más factible con la agregación de los distintos saldos individuales.

Esta forma de gestión de la tesorería sugiere necesariamente una centralización bancaria, es decir, mantener un único saldo por cada banco con el que operan las distintas empresas del grupo, de modo que respecto a la entidad financiera no se tengan a la vez cuentas deudoras y cuentas acreedoras, sino una única cuenta con el saldo, positivo o negativo, que resulte tras el procedimiento de compensación al que nos hemos referido, con la consiguiente disminución de las necesidades de financiación externa en su caso.

La concentración de saldos a la que nos estamos refiriendo tiene además otras ventajas añadidas, como es la disminución del riesgo bancario al que las distintas empresas, a través del grupo que todas ellas forman, se verán sometidas, dado que la necesidad de financiación global, como ya se ha explicado, será siempre menor a la que tendrían cada una de ellas de manera individual, lo que supone una mejora en sus ratios de endeudamiento financiero. Por otra parte, y para el caso en que el saldo agregado resulte positivo, no solamente obtendremos mayores fondos sobre los que el grupo obtendrá unos ingresos financieros más elevados, sino que la capacidad de negociación del grupo de empresas en su conjunto se verá sensiblemente incrementada frente al banco depositario de la cuenta conjunta, tanto en las operaciones estrictas de colocación del excedente de tesorería como en cualquier otra que pudiese plantearse.

Por último, y en lo que a la organización interna se refiere, no es menos importante el hecho de que el *cash pooling* permite un mejor control de la situación financiera diaria que presenta cada una de las empresas que lo forman, así como de su evolución a través del tiempo, incrementándose con ello la calidad de la

información sobre la situación financiera global tanto del grupo en su conjunto como de cada una de ellas a través de sus respectivas cuentas periféricas.

1.4. Caracteres generales.

El contrato de *cash pooling* puede calificarse como un contrato mercantil, atípico, no formal, de derecho real y obligacional, plurilateral o sinalagmático, y de tracto duradero. Sin perjuicio de su desarrollo posterior, vamos ahora a referirnos a estos caracteres de forma muy sintética.

El *cash pooling* es un contrato atípico e innombrado⁵. No existe en todo nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que se encargue de desarrollar concretamente alguno de sus aspectos, por lo tanto, su estudio se remite a las normas sectoriales de las diversas relaciones jurídicas que lo componen. En efecto, éste no se caracteriza por ser un contrato autónomo e independiente, sino que su existencia o validez se ajusta a otros varios. En este sentido, su contenido resulta complejo. En todo caso, aun con el límite legal, la relación entre las partes que acuerdan celebrar un *cash pooling* se rige, como en cualquier supuesto contractual, por las condiciones, el objeto y la finalidad que de acuerdo con su libertad y autonomía de voluntad hayan pactado y tenido por conveniente (art. 1255 CC)⁶. La atipicidad define al *cash pooling* como un contrato no formal. Pese a ello, su compleja configuración, el número de sujetos participantes en el contrato, y sus derechos y obligaciones hacen ineludible el recurso a la forma escrita⁷.

⁵ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Contrato de Cash Pooling”, cit., p. 240; RUGGERI, LUCA, “Brevi note circa il cash pooling...”, cit., p. 3; DACCO, ALESSANDRA, *L’accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit.; RUGGERI, LUCA, “Brevi note circa il cash pooling...”, cit., p. 3; LORENZI, FRANCESCA, “Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare...”, cit.; TREVISAN, TAMARA, “Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1)”, cit.

⁶ DÍEZ PICAZO, LUIS/ GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Tecnos, novena ed., Madrid, 2005, pp. 586, en concreto, pp. 36 y 37, donde expone las diferencias entre los contratos típicos y atípicos.

⁷ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Contrato de Cash Pooling”, cit., p. 244.

Entendemos además que es un contrato de tipo híbrido que engloba elementos tanto de derecho real como de derecho obligacional o de crédito^{8 y 9}. No pensamos que pueda enmarcarse exclusivamente como uno u otro, sino que consideramos que se trata de un caso intermedio. Hay un elemento real innegable que viene determinado por la necesaria entrega de saldos acreedores o deudores por parte de la sociedad al socio o viceversa, en ausencia del cual no sería posible lograr el objeto del sistema de gestión, esto es, cubrir las necesidades financieras de las empresas participantes que lo precisan y aumentar la rentabilidad de los recursos del grupo tanto como sea posible. Pero opinamos que este elemento real posee a su vez, un contenido obligacional conexo. Por virtud del contrato de *cash pooling* nace una obligación en cuya virtud, la sociedad *pooler* puede exigir a la sociedad filial el cumplimiento de la realización de flujos ascendentes de tesorería en los términos acordados en el contrato (art. 1.088 CC), y en caso de incumplimiento, podrá forzar al deudor para que responda con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1.911

⁸ En torno a las características que diferencian los derechos reales de los obligacionales o de crédito, recuérdense las siguientes. Por un lado, los derechos de crédito u obligación recaen sobre una conducta o acto del deudor, mientras que los reales atribuyen a una persona un poder directo e inmediato sobre una cosa; y por otro lado, los derechos de obligación nacen mediante un simple contrato, lo que no es suficiente en los reales, que en virtud del artículo 609 CC, requieren para la adquisición y transmisión de la propiedad, además de un contrato (título), la entrega o tradición de la cosa (modo). Véase: OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL, “Capítulo 1. La obligación y el Derecho de obligaciones”, en SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER (Coord.), *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, novena edición, Valencia, 2018, pp., 33-36.

⁹ MORENO QUESADA, BERNARDO, “Capítulo 1. Configuración del derecho real”, SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant Lo Blanch, octava edición, Valencia, 2019, pp. 29-40, especialmente en las pp. 32 y 33 expone lo siguiente: “Otros, en cambio, agrupan esas figuras que se resisten a su enmarque total como derecho de crédito o como derecho real con un tratamiento diferenciado (...). Sin embargo, a la hora de describirlas en concreto, me parece que la fórmula de mayor acierto es la ALBADALEJO, de considerar todos los casos (que por ello se califican de intermedios) como «figuras híbridas en las que el poder unitario (derecho) concedido al titular, engloba elementos de derecho real y de obligación, en unos supuestos, o en otros como figuras integradas por dos derechos, (uno real y otro obligacional), en la realidad dentro del ámbito más amplio de una situación jurídica total»”.

CC)¹⁰. Desde este punto de vista, nos parece que lo más adecuado es considerar que en el *cash pooling* conviven elementos tanto reales como obligacionales o de crédito¹¹.

El *cash pooling* es también un contrato plurilateral o sinalagmático que genera una serie de obligaciones recíprocas a cargo de las partes, con el propósito principal de

¹⁰ Arts. 1.088 Código Civil: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”; y artículo 1.911 Código Civil: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presente y futuros”.

OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL, “Capítulo 1. La obligación y el Derecho de obligaciones”, cit., p. 34: “El acreedor tiene, en primer lugar, una facultad de exigir que el deudor cumpla, que observe la conducta a que viene obligado, pero si el deudor no cumple, esa facultad se transforma en un poder de agresión sobre el patrimonio del deudor para obtener satisfacción al interés frustrado por el incumplimiento. Y desde el punto de vista del deudor, éste tiene que observar una determinada conducta, tiene que realizar una prestación, y si no hace aquello a que estaba obligado, responde con todos sus bienes. Es decir, que el concepto de la obligación, con base en nuestro sistema positivo, tiene que construirse mediante la ponderada combinación de los arts. 1.088 y 1.911 del Código”.

¹¹ No descartamos que surjan otras tesis que se inclinen por calificar el *cash pooling*, no como un contrato de tipo híbrido, sino como un contrato exclusivamente obligacional al considerar que la específica obligación que asumen las sociedades filiales de transferir periódicamente su tesorería a la sociedad *pooler* en beneficio de otras sociedades del grupo determina el carácter del contrato, mientras que la entrega de fondos solo puede comprenderse como el instrumento idóneo para llevar a cabo esa obligación. Este argumento podría basarse en el ejemplo de otras relaciones jurídicas que pese a nutrirse de elementos reales, merecen calificarse como contratos de tipo obligacional o de crédito. Piénsese en los contratos de agencia o de distribución; ambos se sirven de contratos de compraventa. La compraventa suele calificarse como un contrato de tipo real porque en ella concurren elementos como la entrega de la cosa y el pago del precio, pero no por ello puede concluirse que los contratos de agencia o de distribución sean contratos de tipo real. En estos casos, la obligación de promoción o de distribución determina el carácter de tales contratos, mientras que el elemento real que define a la relación subsidiaria de compraventa solo puede entenderse como un canal o instrumento para llevar a cabo la actividad principal.

Esta tesis, pese a su innegable interés, no creemos que resulte aplicable al contrato de *cash pooling* porque en éste no prevalece el elemento obligacional sobre el real, como sí ocurre en los contratos de agencia o de distribución, sino que ambos devienen igualmente necesarios para lograr la causa u objeto del mismo: optimizar la tesorería del grupo, aumentar la rentabilidad de los recursos y cubrir las necesidades financieras de las empresas que lo precisen.

lograr la conciliación de unos intereses contrapuestos y obtener de este modo un fin común. Se ha dicho en la doctrina más destacada, de hecho, que en el ámbito de los contratos plurilaterales, el beneficio obtenido por las partes no trae causa de un simple intercambio de prestaciones sino de una colaboración organizada¹².

Éste debe entenderse como un contrato duradero o de tracto sucesivo. En efecto, las prestaciones asumidas por las partes no se cumplen en un solo acto sino de manera continuada o periódica.

Por último, hay que apuntar que el presente sistema de gestión de tesorería viene normalmente integrado por un acuerdo inicial, que venimos denominando de *cash pooling*, por el que las partes se comprometen a establecer ulteriores relaciones jurídicas en los términos previstos en aquel otro, destinadas todas ellas a obtener una mejor eficacia de los recursos del grupo. En definitiva, el contrato de *cash pooling* tiene efectos inmediatamente vinculantes y en virtud del mismo, se coordinan, proyectan y regulan una serie de contratos secundarios de obligada celebración, que pese a constituir actos jurídicos independientes, forman una unidad indisociable y una verdadera interdependencia jurídica y funcional. Podría aceptarse de este modo que el *cash pooling* es un contrato con carácter definitivo¹³.

¹² DÍEZ PICAZO, LUIS/ GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil*, cit., p. 34, donde el autor realiza una distinción entre los contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales.

¹³ Hemos llegado a la conclusión de que el acuerdo inicial de *cash pooling* es un contrato definitivo tras valorar y descartar su configuración como un acuerdo de intenciones o tratos preliminares, como un contrato programado o precontrato, como un contrato normativo y/o como un contrato marco. Esta diversidad de actos jurídicos, pese a tener connotaciones o elementos característicos del sistema de gestión, no se ajustan a éste en toda su extensión. El *cash pooling* es un contrato atípico y en este sentido, las partes, en atención al principio de autonomía de la voluntad, habrán de fijar los términos del mismo y de los contratos sucesivos. Entre esos términos deberá especificarse la eficacia inmediatamente vinculante del acuerdo inicial, así como el compromiso de las partes de celebrar sucesivos contratos orientados a la gestión centralizada de la tesorería.

Analizamos a continuación los diferentes actos jurídicos que pese a compartir determinados elementos con el contrato de *cash pooling*, no encajan exactamente con los términos y causa del mismo.

Por una parte, los tratos preliminares, también denominados acuerdos de intenciones, se caracterizan principalmente por la circunstancia de que el contrato futuro no está totalmente definido, de modo que para su perfección es necesario que las partes alcancen nuevos acuerdos sobre los aspectos del mismo que quedan por determinar. Pero lo que ahora interesa destacar es que estos acuerdos de intenciones no aseguran a ninguna de las partes la celebración del contrato proyectado, por la sencilla razón de que la obligación contractual asumida carece de un objeto cierto (artículos 1261.1 y 1273 del Código civil). Esta característica nos permite descartar toda posibilidad de configurar el contrato de *cash pooling* como un acuerdo de intenciones. En efecto, con el *cash pooling*, las partes no solo definen el objeto del contrato, sino que además se obligan a celebrar una serie de relaciones contractuales en el futuro, concretando asimismo las principales singularidades que éstas tendrán (por ejemplo, el carácter financiero de las mismas, la compensación de los saldos acreedores y deudores y en definitiva, la mejor gestión de la tesorería en el seno del grupo de sociedades).

Véase en este sentido: SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, “Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa”, JORDANO LUNA, MARTÍN, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, ed. La Ley, Madrid. El autor indica que: “Los tratos preliminares pueden definirse como todas aquellas actuaciones, tengan o no reflejo documental, que median entre las partes con el fin de configurar los términos de un contrato futuro, pero sin vincularse en firme a concluirlo”; SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO, “Tratos preliminares y contratos de distribución”, ALONSO UREBA, ALBERTO (dir.)/ VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO (dir.)/ ALONSO LEDESMA, CARMEN (dir.)/ ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR (dir.)/ VIERA GONZÁLEZ, ARÍSTIDES JORGE (dir.) , *Los contratos de distribución*, ed. La Ley, Madrid, Abril 2010, pp. 427-451. Se indica que: “*Por tratos preliminares entendemos las actuaciones encaminadas a preparar, discutir, y concertar un acuerdo, que terminarían, bien en el momento de la firma de un precontrato o pactum contrahendo, o con la perfección del contrato mismo. Debemos partir del principio de la libertad de negociación, de manera que cualquiera de las partes pueden separarse en cualquier momento de las conversaciones o tratos preliminares, sin que se la pueda obligar a perfeccionar el contrato al que hubieran dado lugar*”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 2001 (recurso núm. 496/1998) consideró que: “*resulta inconcebible dar y aceptar ordenes si entre las partes no hay un contrato que faculte para ello, porque unos simples tratos preliminares no autorizan ni a eso ni a nada que signifique mandar o disponer*”; DÍEZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN, ANTONIO, *Sistemas de derecho civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, novena edición, Madrid, 2005, p. 64: “*Es común la doctrina que estima que en los tratos preliminares las partes no quedan obligadas. Están simplemente animadas por una voluntad de contratar (MESSINEO). De ahí la libertad de que gozan de exponer sus ideas, de expresar cómo querrían vincularse. De ahí también su libertad para llegar o no a la celebración definitiva del contrato, (...)*”.

Atiéndase además a la lectura de las siguientes disposiciones: el artículo 1.261 del Código civil establece que: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes, 2. Objeto cierto que sea materia del contrato, 3. Causa de la obligación que se establezca*”. Por otra parte, el artículo 1.273 indica que “*El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en*

la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

Por otra parte, nos hemos planteado la opción de configurar el *cash pooling* bajo la categoría de los contratos programados o precontratos. La doctrina reserva esta denominación para aquella figura en que el objeto de la obligación pactada sea total, sin perjuicio de que quede pendiente la definición de alguna cuestión secundaria (Véase: DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, “La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)”, Anuario de Derecho Concursal, tomo 3, p. 1174: “Objeto del precontrato.- El principal, porque es el que da al contrato de promesa su carácter jurídico peculiar, es el contrato proyectado. Tiene que estar determinado, esto es, han de haberse convenido todos los requisitos necesarios para la posible validez del contrato o, como también dice la doctrina, todos los requisitos necesarios para su eficacia”; DÍEZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN, ANTONIO, Sistemas de derecho civil, cit., pp. 69 y 70: “El objeto del contrato es el contrato proyectado. De ahí que ha de estar determinado en sus elementos esenciales o necesarios, aunque no es preciso que consten los extremos que regulan normas puramente dispositivas a falta de convenio”).

A diferencia del supuesto anterior, en el precontrato, las partes son titulares de un derecho de opción, de modo que tienen la seguridad de que el contrato definitivo se celebrará –aunque la otra parte en el último momento no lo desee–, ejerciendo el referido derecho dentro del marco temporal pactado (Véase: DÍEZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN, ANTONIO, Sistemas de derecho civil, cit., pp. 71 y 72). En definitiva, la parte que así lo desee, podrá pedir a los Tribunales la celebración forzosa del contrato definitivo, mediante la sustitución judicial de la declaración de voluntad de la parte rebelde. Una vez ejercitado el derecho de opción, el contrato programado equivaldrá al contrato definitivo, por tanto las partes quedarán vinculadas incluso en contra de su voluntad, de acuerdo con las estipulaciones pactadas en aquel. Es por esto que el precontrato debe reunir todos los elementos subjetivos, objetivos y formales exigibles (Un ejemplo significativo del precontrato lo encontramos en el artículo 1451.I del código civil: “La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato”. Y más en concreto, en el artículo 1373 del proyecto de código civil de 1851 se establecía que: “La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a un contrato perfecto de compra y venta” (STS 16-7-2003. RJA 5144).

Véase también en este sentido: DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, “La promesa de contrato...”, cit., p. 1170: “La figura delineada sería quizás preferible denominarla promesa de contrato(en vez de precontrato), pues su esencia, como han apuntado algunos autores, es un quedar obligado contractualmente (al contrato proyectado) dependiente de la voluntad de una (o de cada una) de las partes. De este modo se consideraría promesa de contrato al convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (ex nunc) de un contrato por ellas proyectado”, y p. 1174: “En todas las promesas de contrato, incluso en la unilateral, intervienen al menos dos partes, oferente o concedente y aceptante. Quien concede la facultad o ha de quedar obligado por el contrato a voluntad de la otra parte, ha de tener

entonces capacidad para obligarse por el contrato proyectado, pues desde ese instante, en cualquier momento, puede ser obligado a cumplirlo”; SELIGRAT GONZÁLEZ, VÍCTOR MANUEL, “De nuevo sobre el precontrato”, SELIGRAT GONZÁLEZ, VÍCTOR MANUEL, *Derecho de obligaciones y contratos*, ed. La Ley, Madrid. En él se establece lo siguiente: “La eficacia constitutiva de los precontratos dependa, en cada caso, de la correcta interpretación de las intenciones de las partes contratantes, que nunca se podrán ver comprometidas más allá de lo que ellas mismas establecieron en el precontrato. Por eso no se trata de dilucidar si se van a producir unos determinados efectos jurídicos, según hayan querido vincularse las partes mediante un precontrato o un contrato definitivo; lo que deberá determinarse con precisión es si efectivamente lo dispuesto por los contratantes en el precontrato justifica suficientemente la protección jurídica del interés que resultará del contrato definitivo proyectado. (...). El precontrato bilateral implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. El precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado y así, en el precontrato de compraventa conste la cosa vendida y el precio; si no estuvieran determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional”; MENÉNDEZ MATO, JUAN CARLOS, “Precontrato: obliga a las partes a celebrar un posterior contrato definitivo. La sujeción de la eficacia de un contrato definitivo al cumplimiento de una condición, no transforma a dicho contrato en precontrato”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, ed. Civitas, núm. 49, Enero-Marzo 1999, p. 117).

Estas últimas consideraciones nos parece que no tienen buen encaje en nuestro supuesto de hecho debido a que en el acuerdo de *cash pooling* no se contienen todos y cada uno de los elementos sustanciales de las futuras relaciones, ello unido al valor provisional o temporal que le ha sido atribuido al contrato preliminar (DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, segunda edición, Civitas, Madrid, 1996. p. 332: “A diferencia de la oferta de contrato, el precontrato es un contrato. Sólo que se trata de un contrato preparatorio del contrato definitivo, que todavía no se ha concluido. En virtud de que tiene por objeto preparar el contrato definitivo, el precontrato es, en esencia, provisional o temporal”). El contrato de *cash pooling* es duradero, es decir, la celebración de los sucesivos contratos no conlleva la extinción del contrato inicial, pues su causa principal es precisamente dejar abierta la posibilidad de que las partes puedan entablar otras relaciones futuras según las necesidades que surjan.

Una vez asumidas estas consideraciones, reconducimos nuestro estudio a la figura de los contratos normativos tanto en su acepción más tradicional, esto es, como un *pactum de modo contrahendo*, como en su acepción más reciente, que los considera contratos marco. Ya hemos avanzado que ambos deben descartarse como fórmula jurídica idónea para definir al contrato de *cash pooling*.

El contrato normativo, pese a estar muy presente dentro del Derecho de obligaciones y contratos españoles y haber servido en ocasiones para definir una pluralidad de contratos, apenas ha sido objeto de estudio por la doctrina española. No hay una posición unánime en cuanto a su naturaleza jurídica y efectos. Esta figura fue desarrollada por primera vez en Alemania en el ámbito de la negociación colectiva, y se concebía como un contrato que contenía las reglas de otros contratos celebrados tanto en un momento anterior como en

otro posterior. El concepto de contrato normativo fue introducido por Alfred HUECK, en el año 1923 (véase en este sentido: HUECK, ALFRED, "Normenverträge", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, Jena, 1923, pp. 33 y ss., que en concreto, define el contrato normativo en la p. 36: "Unter einem Normenvertrage wird hieie in Vertrag verstanden, in dem normen vereinbart werden, die für schuldrechtliche Einzelverträge maßgebend sein sollen". La definición ha sido traducida por SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas: contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, cit., p. 14, como un "contrato en el cual se pactaban normas con carácter autoritario sobre otros contratos obligatorios individuales"). La figura, sin embargo, fue luego acogida de forma desigual en el Derecho comparado. Mientras en Francia se suele identificar el contrato normativo como un "contract-cadre" o contrato marco (Véase: LE TORNEAU, PHILIPPE (Dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7e éd., Dalloz, Paris, 2008, núm. 899, define el "contract-cadre" de la siguiente forma: "Est dit contrat cadre le contrat qui fixe l'objet et les règles générales devant gouverner pendant un long temps les rapports contractuels entre les parties, comme un préface ou une introduction à ces rapports contractuels"; SAYAG, ALAIN, (Dir.), *Le contrat-cadre, 1-Exploration comparative*, Litec, Paris, 1994; SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas*, cit., p. 20, donde dispone que en la actualidad parece que cabe "la posibilidad de concebir el contrato como fuente de normas, además de creador de obligaciones", y enuncia no obstante que "la noción francesa de contrat-cadre dista mucho de ser pacífica: no puede decirse que exista una concepción unitaria del mismo, y existen serias dudas sobre el alcance de su contenido, sobre su autonomía jurídica respecto de los contratos cuya conclusión regula y, principalmente, respecto de su carácter jurídicamente vinculante"), en Italia y en España se ha concebido tradicionalmente como un "pactum di modo contrahendo" [en Italia puede destacarse al que se conoce que fue el pionero en estudiar el concepto de contrato normativo: MESSINEO, FRANCESCO, *Dottrina generale del Contratto. (Artt. 1321-1469 Cod. Civ.)*, Giuffrè, Milano, 1946, pp. 33 y ss.; En España, entre otros, podemos destacar los siguientes: CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil común y formal*, tomo III, revisado por GARCÍA CANTERO, GABRIEL, ed. Reus, Madrid, 2008, ed. 17, p. 476, donde se establece que los contratos normativos "también llamados reglamentarios o reguladores, tienen como función, no disciplinar directamente relaciones concretas entre los contratantes, sino fijar una uniforme reglamentación general y abstracta, para que se acomoden a ella quienes en lo futuro quieran contratar", y "la obligación que se contrae es la de contratar de cierto modo, caso de que, efectivamente, se quiera contratar"; ATAZ LÓPEZ, JOAQUIN, "Comentario al art. 1254 del Código Civil", en ALABADEJO, MANUEL/DÍAZ ALABART, SILVIA (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º A, ed. EDERSA, 1993, pp. 70-73: "el deber de respetar lo pactado, (...) no se traduce en una obligación de contratar, sino de cuando se haga, hacerlo de un modo determinado"; ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, 13ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2008, p. 431, dispone que el contrato normativo "Obliga a (...), si eventualmente se celebran (los contratos de aplicación), respetar los acuerdos establecidos en aquél").

De acuerdo con las consideraciones realizadas por la doctrina italiana y española, el contrato normativo es un acuerdo que regula los sucesivos contratos y que solamente deviene vinculante en caso de que éstos últimos lleguen a concluirse. Ésta es precisamente la razón por la que una doctrina italiana ha excluido, a nuestro parecer acertadamente, la

calificación del contrato de *cash pooling* como un contrato normativo, disponiendo a tal efecto que dicho acuerdo está desprovisto de efectos inmediatamente vinculantes, pues simplemente proporciona una serie de normas destinadas a regular las relaciones futuras, en caso de que las partes se propongan crearlas (véase: DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., p. 92: “*Con riferimento a siffatta figura, bisogna ricordare che –secondo la nozione comunemente accolta in dottrina- essa rappresenta una intesa preparatoria, priva di effetti immediatamente vincolanti, ed in grado soltanto di produrre, a carico delle parti, l’obbligo di inserire nei futuri ed eventuali contratti tutte le clausole in esso predisposte. In altre parole, il contratto normativo si caratterizza per il fatto di non determinare il sorgere di un rapporto, fonte immediata di diritti ed obblighi, ma di limitarsi a prevedere norme intese a regolare futuri rapporti, nel caso le parti intendano crearli. Applicando tali principi alla fattispecie in esame, si pone il problema di valutarne la compatibilità con il contenuto della convenzione di tesoreria nell’ambito della quale le parti – oltre ad indicare le condizioni e le modalità con cui verranno regolati i loro futuri rapporti- sembrano presupporre la conclusione. Più precisamente, dalla convenzione in esame sembra nascere per le parti una obbligazione di contrarre, e cioè un impegno contrattuale a stipulare futuri contratti”). En efecto, desde la concepción tradicional del contrato normativo como un “pactum di modo contrahendo” es posible descartar su afinidad al contrato de *cash pooling* en el que, al contrario de lo que en aquel otro sucede, se persigue dotar de eficacia jurídica al contrato inicial y en consecuencia, obligar a las partes a celebrar futuros contratos.*

Puede ser interesante apuntar que según ha indicado recientemente nuestra doctrina, el contrato normativo, de acuerdo con el significado que ha cobrado en la práctica jurídica actual (en la actualidad, ha servido para definir una gran heterogeneidad de contratos, entre ellos pueden destacarse: el contrato de suministro, el contrato de franquicia, el contrato marco de operaciones financieras, o el contrato de seguros, etc. Puede verse: SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas: contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, cit., pp. 464 y ss., y 125 y ss.), escapa de la noción de “pactum in modo contrahendo” puesto que entre otras particularidades más, se ha observado que el contrato principal posee valor jurídico propio, produce efectos jurídicos inmediatos y tiene además carácter duradero. (Véase: SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas...*, cit., p. 25, donde señala que: “*El acuerdo normativo es más que un simple acuerdo desprovisto de valor jurídico intrínseco. En realidad, las cláusulas de los contratos normativos a menudo denotan la existencia de una especial relación de confianza o intuitu personae entre las partes. Este vínculo jurídico, más que posibilitar un intercambio puntual de bienes y servicios, parece perseguir la instauración o consolidación de una relación de cooperación fluida, estable y duradera entre las partes, con el fin de simplificar la celebración de los negocios que en un futuro pueden llevarse a cabo tanto entre ellos como con terceros*”, y en las pp. 27 y 28 dispone que “*aceptar la tesis tradicional del contrato normativo como simple pactum de modo contrahendo significaría negar a dicho negocio el valor jurídico propio que, en nuestra opinión, sí suele presentar la práctica jurídica actual y el potencial que parece atesorar como hipotética categoría contractual de contenido patrimonialmente neutro. (...) aceptar dicha tesis implicaría admitir que esta figura no es más que un simple contrato preparatorio, con una nula eficacia jurídica en caso de no concluirse ningún contrato de aplicación; significaría admitir (...) que en caso de que*

tales contratos fueran celebrados, las partes del contrato normativo no se verían vinculadas por sus términos o condiciones; esto, a su vez, querría decir que el contrato normativo tendría un valor incluso inferior al precontrato, ya que al menos éste último sí que suele obligar a la conclusión del contrato proyectado; por su parte, esto también conllevaría reconocer la existencia de contratos nulamente obligatorios, lo que no dejaría de ser paradójico y contrario a la noción misma de contrato; en definitiva, reconocer la validez de la tesis del contrato normativo como *pactum de modo contrahendo* implicaría admitir que la del contrato normativo es una figura sin interés particular para la ciencia jurídica, lo que a la vista de lo que sucede en la práctica no parece cierto". Véase también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3, resolución núm. 338/2007 (recurso núm. 239/2007), Roj. 875/2007, de 10 de julio de 2007 que ha establecido lo siguiente: "las partes no se obligan a celebrar determinados contratos, sino que sólo se estipulan previsiones generales para el caso de que se celebren. En el contrato normativo, por cualquier circunstancia, pueden no concertarse los negocios que se previeron realizar dentro de su marco". A partir de esta sentencia se ha indicado sobre el contrato normativo en nuestra doctrina: "en primer lugar, que se trata de un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes establecen las bases para facilitar una contratación futura; en segundo lugar, que se trata de un contrato que como regla general no obligará a concluir ulteriores contratos individuales, que de este modo quedarán como eventuales, pero sí a contratar conforme a las disposiciones previstas caso de que se decida hacerlo; y en tercer lugar, que se trata de un contrato con eficacia obligatoria intrínseca, pues vincula a las partes con independencia de la conclusión de los contratos futuros proyectados" (v. SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas*, cit., p. 132).

Desde esta perspectiva, se ha reconocido en el contrato normativo la naturaleza jurídica de un contrato marco (Véase: SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas...*, cit., pp. 128 y ss., 327 y 464; En este mismo sentido se han pronunciado varios autores que con carácter general han reconocido la uniformidad u homogeneidad que hay entre el contrato normativo y el contrato marco, entre otros: MUÑOZ PÉREZ, ANA FELÍCITAS, "El contrato marco de operaciones financieras en concurso", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 17, Sección Varia, Segundo semestre de 2012, ed. Wolters Kluwer, La Ley 16295/2012, pp. 111 y ss., la autora dispone expresamente dispone que: "El contrato normativo suele tener la forma de contrato marco. (...). El contrato marco es un instrumento contractual que da uniformidad a la futura contratación entre las partes de las operaciones para las que está previsto el contrato marco de quo. En este contexto, operación de derivado es cualquier negocio que se concluye en el contenido de un previo contrato normativo"; FORTE GORBE, JOSÉ LUIS, "Medidas cautelares en procesos de nulidad de contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap's) y contratos marco de operaciones financieras. Jurisprudencia reciente de las Audiencias Provinciales", *Práctica de Tribunales*, núm. 93, Sección Estudios, Mayo 2012, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4332/2012). Si bien carecemos de un concepto jurídico de contrato marco en nuestro derecho privado, éste ha sido también empleado para definir numerosos contratos. En particular, en el ámbito del derecho financiero, se ha regulado el denominado "contrato marco de operaciones financieras". Dejando de lado ciertas particularidades que ahora no interesan, parece adecuado indicar que este contrato marco de operaciones financieras, pese a contener cláusulas que permiten deducir su valor

1.5. Duración y terminación del contrato.

El *cash pooling* es un contrato duradero y en este sentido, suele convenirse por tiempo indefinido, o bien, pactándose por tiempo definido, es posible que se convierta en indefinido porque las partes continúen cumpliéndolo después de finalizado el plazo contractual. El establecimiento de un plazo de duración indefinido faculta a las partes para denunciar unilateralmente el contrato (*ad nutum*) sin necesidad de alegar justa causa¹⁴. No obstante, la ruptura de la relación debe ajustarse a la buena fe, lo que exige un preaviso razonable; se considera de

jurídico y permiten vincular a las partes por lo pactado en el contrato desde el momento de su celebración, no parece crear obligaciones a cargo de las partes en el sentido de quedar obligadas a celebrar contratos secundarios o de aplicación (Véase: SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas...*, cit., pp. 151 y ss.: “Sin embargo, a nuestro parecer en el CMOF existiría una gran cantidad de cláusulas que, pese a que no parecen crear obligaciones en un sentido tradicional a cargo de las partes, en nuestra opinión no por ello dejarán de producir efectos jurídicos”).

Así las cosas, incluso considerando al contrato normativo como un contrato marco que proporciona al acuerdo inicial valor jurídico intrínseco y lo aleja de su acepción o tesis tradicional como un “pactum di modo contrahendo”, parece adecuado concluir que el contrato de *cash pooling* no puede calificarse como un contrato marco. El contrato marco contempla, regula y delimita con carácter duradero las condiciones en que habrán de desenvolverse los sucesivos contratos, y desde su acepción más reciente, produce efectos jurídicos inmediatos y vincula a las partes desde el momento de su celebración, pero no obliga ni compromete a las partes a celebrar contratos en el futuro, tal y como se espera de un contrato de *cash pooling*.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 672/2016 (recurso núm. 1371/2014), Roj. 5103/2016, de 16 de noviembre de 2016: “Partiendo de la ratio que subyace a los supuestos que legalmente lo tienen previsto, la doctrina y la jurisprudencia aplican el desistimiento unilateral como principio general a supuestos no previstos ex lege, cuando se de relaciones duraderas o de tracto sucesivo, que carezcan de plazo de duración o éste se contemple como indefinido. Normalmente se prevé tal facultad en relaciones en las que existe un intuitupersonae, o lo que es lo mismo, fundadas en la confianza que las partes se merecen recíprocamente, si ésta se frustra. Según recoge la STS de 9 de octubre de 1997: “[E]n estos supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código Civil [...] resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas [...] por lo que le asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas, mediante su recesso, producido por resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas”.

hecho desleal la denuncia unilateral en ausencia de preaviso por escrito y sin antelación mínima de seis meses (art. 16.3 LCD)¹⁵.

Conviene asimismo apuntar que la eventual declaración de concurso de alguna de las partes no incide en la vigencia de este tipo de contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61.2 LC)¹⁶, como tampoco afecta a la facultad de resolución del

¹⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 672/2016 (recurso núm. 1371/2014), Roj. 5103/2016, de 16 de noviembre de 2016: “*un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios*”. Léase también el apartado a) del artículo 16.3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que dispone que: “*Tendrá asimismo la consideración de desleal: La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor*”.

¹⁶ El artículo 61.2 LC dispone que: “*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa*”. Ello no obsta a que el administrador concursal o el propio concursado puedan solicitar la resolución del contrato si lo estiman conveniente en interés del concurso, tal y como se expresa en el párrafo segundo de este mismo artículo. En este sentido, la declaración de concurso de una sociedad del grupo no comportará la automática terminación del contrato de *cash pooling*.

La respuesta es distinta en otros países. Por ejemplo, en Italia, la doctrina mayoritaria entiende el contrato de *cash pooling* como un contrato de cuenta corriente, y en este sentido ha considerado que la insolvencia de una de las partes debe comportar la terminación del contrato en los términos del artículo 78 de la *Legge Fallimentare*, que dispone lo siguiente: “1. I contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per il fallimento di una delle parti”. Véase: ACERBI, FLAVIO/ GIOIA, DOMENICO/ MANGANELLI, PAOLO, PENNETA, COSIMO, “Italy”, en GUY, DAVIS/ HARRIS, TONY/ LAMB, MARK, *Cash pooling and Insolvency*, ed. Global Law and Business (Marcel Willems), Londres, p. 288: “*The Bankruptcy Act provides special rules for certain specific contracts, including bank accounts agreements and account agreements, which are automatically terminated upon and insolvency declaration in respect of one of the parties. Despite the fact that it is still debated whether a cash pooling agreement can be classified as an account agreement, most commentators hold that zero balancing cash pooling agreements should be treated as account agreements and, consequently, should be automatically terminated upon the insolvency of one of the parties under Article 78 of the Bankruptcy Act*”.

contrato por incumplimiento (art. 62 LC)¹⁷, o a la facultad de denuncia unilateral de los contratos de duración indefinida que corresponde a las partes (art. 63.1 LC)¹⁸.

2. La centralización de cobros y pagos por la sociedad *pooler*.

2.1. Concepto.

De acuerdo con este contrato, la sociedad *pooler* realiza un servicio de pagos y cobros a los acreedores de las empresas del grupo en nombre de éstas, de conformidad con las órdenes que estas últimas le envían. Para ello, la sociedad *pooler* abre una cuenta corriente bancaria en la que centraliza la cuenta de pagos y cobros de todas las empresas, a través de la cual procede a cobrar y pagar a los acreedores o proveedores de las mismas. En este sentido, las empresas no tienen cuentas de cobro o pago con sus proveedores, sino que todas sus relaciones u operaciones se vinculan a la *pooler*. En estas cuentas (las de las empresas del grupo, pagaderas únicamente a la *pooler*) se anotan las operaciones de cobro y pago realizadas por la sociedad *pooler* en nombre de las participantes¹⁹. La centralización de los cobros y pagos es en definitiva, una extensión de las funciones regulares de un *cash pooling*.

¹⁷ El art. 162.1 LC establece que: “La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a los que se refiere el apartado 2 del artículo presente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes”. Ha de reconocerse, de hecho, que ésta es una situación habitual en supuestos de insolvencia.

¹⁸ PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Artículo 63. Supuestos especiales”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 846-852.

¹⁹ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'acentramento della tesoreria nei grupo di società*, cit., pp. 38-40; RINOW, MARTIN/ MAURO, JOE, “POBO and COBO: Path to a Single-Account Structure?”, Deutsche Bank. Global Transaction Banking. Disponible en: https://www.fpsc.com/DB/TreasuryPulse/PDF/No12015_article2.pdf

2.2. Significado y función económica.

La centralización del sistema de cobros y pagos a terceros puede servir para acordar la cohesión entre las empresas participantes para la ejecución de temas comunes con los mismos acreedores. Asimismo, este modelo de centralización conlleva importantes ventajas económicas como la posibilidad de negociar mejores tarifas en las órdenes procesadas, la reducción del número de remesas de órdenes, la reducción del número de cuentas bancarias en las filiales y la optimización de la competencia interbancaria. Por otra parte, ello también hace posible mejorar la gestión del riesgo de cambio y reducir los costes internos de procesamiento como consecuencia de la especialización del servicio central²⁰.

2.3. Caracteres generales.

El contrato de centralización de pagos y cobros, a pesar de manifestarse como una extensión del contrato de *cash pooling*, presenta caracteres muy diversos. Con independencia de su posterior desarrollo, podemos anticipar que éste es un contrato típico, reconducible al contrato de comisión mercantil²¹. Y desde este

²⁰ ALLMYBANKS, “La centralización de los pagos del grupo: ventajas económicas y cualitativas a todos los niveles”. Disponible en: <http://www.allmybanks.com/es/la-centralizacion-de-los-pagos-del-grupo-ventajas-economicas-y-cualitativas-todos-los-niveles>; GADEA, JESÚS/ SANTOMÁ, JAVIER, cit., pp. 35-36; NÚÑEZ MONEDERO, TERESA, “La automatización de la cadena de cobros y pagos de la empresa”, Estrategia Financiera, núm. 219, pp. 46-49.

²¹ Acerca del contrato de comisión mercantil, puede verse: BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil. Contratos mercantiles, derechos de los títulos valores, derecho concursal*, vol. II, vigésima cuarta edición, Tecnos, 2017, pp. 112-119; PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO, *El contrato de comisión, cooperación y conflicto [la comisión de garantía]*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 1996, reimpresión 2016; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO, *El mandato y la comisión mercantil*, editorial Comares, Granada, 1997; GARRIDO, JOSÉ MARÍA, *Las instrucciones en el contrato de comisión mercantil*, Civitas, Madrid, 1995; SALA REIXACHS, ALBERTO, *Comentarios al Código de Comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 1059-1062; LÓPEZ SANZ, SALVADOR, *Curso de Derecho Mercantil*, editorial Bello, Valencia, 1991, pp. 419-424; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de*

punto de vista, es un contrato formal, consensual, bilateral o sinalagmático, oneroso, y de tracto único.

Nos hemos preguntado por otra parte si este contrato, en cuanto que se manifiesta como una extensión del *cash pooling*, podría calificarse como un contrato secundario sujeto al contrato principal de *cash pooling*, de modo que en virtud de éste último no solo se persiga la simplificación de las relaciones que en un futuro puedan entablarse entre las partes del mismo, sino también las que puedan celebrarse con terceros. Para valorar esta cuestión es preciso tener en cuenta que si entre el contrato de *cash pooling* y los posteriores contratos hay una verdadera relación jurídica y funcional que supone, entre otras consecuencias, que el incumplimiento de un contrato secundario origine el incumplimiento del principal, es sencillo reparar en que dicho vínculo y efectos jurídicos no se encuentran con respecto al contrato de centralización de pagos y cobros. Es decir, no tendría sentido admitir que el incumplimiento por parte del proveedor de una filial de su obligación de efectuar un pago (por ejemplo, por la venta de un bien) originase el incumplimiento del contrato de *cash pooling*, cuyo objeto y causa no se corresponden con la obligación del proveedor.

Realizadas estas observaciones, parece acertado concluir que el acuerdo de centralización de pagos y cobros se presenta como un contrato independiente al de *cash pooling*. Tal y como reconoce una doctrina italiana, éste se manifiesta como un “contrato definitivo, con efectos inmediatos y reconducible a un contrato típico”. En efecto, éste, a diferencia de lo que sucede con el *cash pooling*, no requiere de sucesivos contratos para completar su objeto ²².

Derecho Mercantil. Volumen II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 216 y ss.; GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, octava edición, revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, ed. J. Garrigues, Madrid, 1983, p. 101 y ss.

²² Así se ha pronunciado DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., p. 144: “come un contratto definitivo, avente effetto immediato (diverso da quello del futuro contrahere), e riconducibile, (...), ad un contratto tipico (nominato)”.

II. Naturaleza jurídica del contrato de *cash pooling*.

1. Planteamiento.

La determinación de la naturaleza jurídica del contrato de *cash pooling* no es pacífica. Como hemos dicho, se trata de un contrato atípico en nuestro ordenamiento mercantil, y aunque participa de una pluralidad de caracteres que lo aproximan a otros contratos, en su conjunto no lo identifican. Es precisamente por ello que el contrato de *cash pooling* suele clasificarse como un contrato mixto²³. En efecto, la diversidad y la complejidad de las relaciones que constituyen nuestro supuesto de hecho han impedido la determinación de una figura jurídica que

²³ En relación a esta cuestión, es interesante hacer una referencia a la tesis del jurista alemán Karl Larenz: LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, editorial Ariel, segunda edición definitiva, Barcelona, 1979. El autor se decanta por la formación de tipos jurídico-estructurales para contribuir al establecimiento de figuras mixtas, así lo dispone, por ejemplo, en la p. 463: “*El valor de una formación de tipos radica, en primer lugar, en la más clara comprensión de los tipos de transición y de los tipos mixtos. Al asignar su lugar a un tipo en la serie de tipos, se destacan los rasgos que le son característicos, pero también los que lo unen con tipos vecinos. Será entonces posible, por ejemplo, aplicar a un contrato parciario de servicio o de arrendamiento ciertas reglas del Derecho de sociedades, atendiendo a los rasgos a él inherentes. Pero en este lugar no se trata tanto del valor de la formación del tipo en orden a la creación del Derecho en el caso particular, cuanto del valor de la formación de tipos y series de tipos en orden al conocimiento de la conexión interna y capaz de sentido de los diferentes complejos de regulación. El valor cognoscitivo del tipo, como una forma de pensamiento, radica en que, a diferencia del concepto abstracto, pone en claro y permite conservar la profusión de rasgos particulares en él contenidos precisamente en su unión plena de sentido. En la profusión de estos rasgos particulares se refleja la naturaleza de la cosa. Pues aquéllos no son otra cosa que los especiales aspectos jurídicos de las relaciones interhumanas concretas, continuamente realizadas en la realidad de la vida jurídica*”. Puede verse también, GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 34, donde se cuestiona cuál debe ser la regulación legal de los contratos mixtos, y dispone lo siguiente: “*No es posible dar una solución igual para todos los casos: dependerá de la finalidad que las partes de proponen y de la equitativa valoración de los intereses en juego. Unas veces decidirá la prestación principal para atraer las normas propias del contrato dominante (teoría de la absorción). Otras veces, las más, será preciso combinar la aplicación de las normas de los diferentes contratos conjugados en el contrato mixto (teoría de la combinación). La rapidez creadora de la vida mercantil da lugar también al nacimiento de contrato que, sin ser mixtos, tampoco se pueden acoplar a ninguno de los tipos legales (contratos innominados o atípicos). El principio de la autonomía privada permite a los interesados prescindir en absoluto de los moldes legales, o modificarlos, o crear nuevas figuras contractuales*”.

abarque y explique su contenido y función en toda su extensión. La automática adscripción del *cash pooling* a un único tipo legal tendría efectos indeseables. En primer lugar porque se estaría aplicando el régimen jurídico de una figura legal a una situación a la que propiamente no le son atribuibles dichas reglas, y en segundo lugar porque podría cometerse el error de alterar las bases esenciales del contrato de *cash pooling*²⁴. En este sentido, es opinión unánime entre todos los autores que se han aproximado al estudio del contrato que su naturaleza jurídica es mixta²⁵, pues como veremos a continuación, en él concurren elementos de otros contratos sí regulados. Siendo esto así, nuestros esfuerzos se dirigen ahora a valorar y analizar en qué términos determinadas reglas de varios tipos legales pueden ser aplicables a nuestro supuesto de hecho.

2. La cuenta corriente mercantil. Objeción: compensación no progresiva y fundamento causal insuficiente.

Conviene recordar que las relaciones jurídicas establecidas entre las partes en el marco de un acuerdo de *cash pooling* se asientan sobre la base de unas cuentas que la empresa *pooler* pone a disposición de cada una de las empresas participantes. Y

²⁴ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 110 y 111.

Véase también: LARENZ, KARL, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, editorial Comares, Granada, 2002, donde el jurista alemán se refiere a la frustración del fin del contrato, en particular a la falta o pérdida de la base del negocio. Así, establece en la p. 65 lo siguiente: “*Según el § 779 una transacción es ineficaz si la situación de hecho, que dado el contenido del contrato, se ha tomado como base firme, no es conforme a la realidad y el pleito o la incertidumbre no hubiesen surgido de haber reconocido la realidad*”.

El teorema de Karl Larenz puede trasladarse, en cierto modo, al supuesto que ahora planteamos, en el que las bases esenciales del contrato de *cash pooling* pueden quedar alteradas al tratar de aplicar un régimen jurídico particular a una situación o relación a la que propiamente no le son aplicables esas reglas.

²⁵ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., p. 122; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Contrato de Cash Pooling”, cit., p. 240; TREVISAN, TAMARA, “Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1)”, cit.

en este sentido, parece adecuado identificar la naturaleza jurídica de estas cuentas y el nexo causal que las une con la cuenta centralizadora de la sociedad *pooler*.

En este sentido, para empezar, nuestra tarea se centra en comprobar si estamos en presencia de una cuenta corriente mercantil. Esta cuenta, como se sabe, es la expresión contable de las relaciones recíprocas existentes entre dos comerciantes. Dicha expresión refleja un saldo a favor de una u otra parte, que resulta de aplicar el mecanismo de la compensación entre los comerciantes. Asimismo, interesa destacar que el principal elemento que distingue al contrato de cuenta corriente mercantil es la inexigibilidad de los créditos hasta el cierre de la cuenta²⁶. Pese a la

²⁶ El contrato de cuenta corriente ha sido definido por la jurisprudencia en múltiples ocasiones como: “*un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuentas sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, a lser aquélla cerrada en la fecha convenida*” (Sentencia del Tribunal Supremo, sección 1ª, resolución núm. 218 (recurso núm. 222/1990), Roj. 2059/1992, de 11 de marzo de 1992; Sentencia del Tribunal Supremo, sección 1ª, resolución núm. 0479 (recurso núm. 2187/90), Roj. 3190/1993, de 20 de mayo de 1993; Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1974).

También la doctrina se ha ocupado de estudiar este contrato. Entre otros, puede verse: RODRIGO URÍA/ MENÉNDEZ, AURELIO/ JAVIER CORTÉS, LUIS, “El contrato de cuenta corriente”, en RODRIGO URÍA (Dir.)/ MENÉNDEZ, AURELIO (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 223-229, y concretamente en las pp. 224 y 225 donde se dispone que: “*De acuerdo con la opinión más extendida, la causa del contrato reside en la recíproca concesión de crédito que se hacen las partes al suspender la exigibilidad de sus respectivos créditos hasta el cierre periódico de la cuenta o la terminación del contrato, en que se hace exigible el saldo o diferencia*”; GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 44 y 45: “*Contrato de cuenta corriente es, pues, el pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios perderán al anotarse en cuenta su propia individualidad, de tal modo que el saldo en que se fundan sea el único crédito exigible en la época convenida. Al consentir los contratantes que se aplace la exigibilidad de los créditos aislados parece que la esencia del contrato se encuentra en una “recíproca concesión de crédito”. El contratante que recibe una prestación no está obligado a realizar ninguna contraprestación, sino tan sólo un asiento de abono en cuenta, es decir, el ofrecimiento a tener en cuenta ese valor hasta el momento de calcular el saldo definitivo*”; BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 224-226, concretamente en la p. 225: “*el hecho de anotar las diversas remesas en la cuenta determina, como ya se ha dicho, la inexigibilidad de los créditos (que quedan aplazados al momento del cierre), por lo que no existe propiamente*

aparente afinidad que hay entre este contrato y nuestro supuesto de hecho, en el que las partes también proceden a una liquidación por compensación de las relaciones recíprocas, parece haber varios factores que podrían entorpecer dicha calificación.

El primer obstáculo se sitúa en la compensación que con carácter diario se produce en la cuenta centralizadora del contrato de *cash pooling*, y más en concreto, en la cuestión de si el saldo que resulta de esta compensación puede o no ser exigido por las partes del contrato en cualquier momento.

Una parte de la doctrina ha resuelto que efectivamente las partes pueden reclamar o exigir el saldo a su favor a la sociedad *pooler* cuando lo deseen, y en este sentido, se ha destacado que la ausencia de progresividad que caracteriza la compensación de una cuenta corriente mercantil impide reconocer su presencia en el sistema de *cash pooling*²⁷. En nuestra opinión, como luego veremos, de acuerdo con el derecho español, el inconveniente planteado podría resolverse con la adopción por las

mora. Además, el titular no podrá disponer de los créditos que han de incorporarse a la cuenta"; LÓPEZ SANZ, SALVADOR, *Curso de Derecho Mercantil*, editorial Bello, Valencia, 1991, pp. 461-463; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, "Contrato de cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y la rendición de cuentas", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 46, Abril-Junio 1992; CHAMORRO POSADA, MANUEL, "El llamado proceso monitorio y los créditos mercantiles instrumentados en cuenta corriente", *Diario La Ley*, núm. 6, 2000, pp. 1802-1814.

²⁷ En este sentido se ha manifestado DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 116 y 117; RUGGERI, LUCA, "Brevi note circa il cash pooling...", cit., p. 4: "Il contratto di conto corrente ordinario, il tipo contrattuale più facilmente accostabile al cash pooling, si caratterizza, ai sensi dell'art. 1823 c.c., per il consentire alle parti di semplificare i loro rapporti, gestendo unitariamente tutti i crediti ed i debiti che insorgono nelle reciproche relazioni. Le partite vengono annotate su un conto il cui saldo è indisponibile sino alla scadenza periodica, convenuta tra le parti"; LORENZI, FRANCESCA, "Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare e finanziamenti infragruppo", cit.; TREVISAN, TAMARA, "Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1)", cit.; L'Agenzia delle Entrate, risoluzione 27 febbraio 2002, 58/E: "le rimesse attive della consociata non comportano un onere restitutorio e la reciprocità delle rimesse nonché l'inesigibilità e l'indisponibilità del saldo fino alla chiusura del conto concorrono a qualificare l'accordo negoziale, evidenziando caratteristiche non riconducibili nel rapporto fra società capogruppo e società residente ad un prestito di denaro".

partes de un “pacto de cuenta corriente” en el que se acuerde la liquidación por compensación automática de las relaciones recíprocas, es decir, cada día y con cada asiento contable, de modo que las empresas participantes puedan reclamar los créditos a su favor en cualquier momento que lo deseen ²⁸. En nuestra opinión, el carácter progresivo o no de la compensación de la cuenta centralizadora es una decisión que corresponde adoptar y determinar a las partes en el propio contrato, de acuerdo con los principios de libertad y autonomía contractual.

El segundo obstáculo encontrado tiene que ver con el diferente fundamento causal que se proyecta en ambos contratos. Se ha destacado en la doctrina, esta vez de forma unánime, que las causas compensatoria y financiera que definen al contrato de cuenta corriente mercantil²⁹ son insuficientes para explicar la causa unitaria del

²⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Lecciones. Derecho Bancario”, Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, pp. 297-298; ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, “El contrato de cash pooling”, en Almacén de Derecho Mercantil, 5 de mayo de 2014, disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/05/el-contrato-de-cash-pooling.html>.

²⁹ BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 225: “No existe una opinión pacífica en torno a la causa del contrato. En efecto, se ha entendido que la causa (finalidad última de las partes) del contrato es regular un sistema de pagos que aporte economía y seguridad a las relaciones entre las partes (CORTÉS). De esta forma, la concesión recíproca de cuenta corriente sólo asumirá un papel instrumental. En efecto, aunque en el contrato de cuenta corriente mercantil se halla presente el elemento de la concesión de crédito, adquiere –se viene a decir– una importancia instrumental, pues la misma sería la forma de lograr un sistema de pagos reglado (entre la que nos encontramos) entiende que la causa última del contrato reside en la concesión recíproca de crédito (que se traduce en la no exigibilidad inmediata de los créditos cubiertos por la cuenta corriente)”; RODRIGO URÍA/ MENÉNDEZ, AURELIO/ JAVIER CORTÉS, LUIS, “Capítulo 63. El contrato de cuenta corriente”, en RODRIGO URÍA (Dir.)/ MENÉNDEZ, AURELIO (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 223-229, y concretamente en la p. 225 donde se dispone que: “la finalidad o propósito común y último de las partes al concertar este contrato no es propia y directamente crediticia, sino, más bien, la de regular un sistema de pagos para sus respectivas obligaciones pecuniarias que, suprimiendo liquidaciones y pagos repetidos y reduciendo el empleo y desplazamiento de numerario, aporte, mediante aquella recíproca inexigibilidad y consecuente concesión de crédito, economía y seguridad al desenvolvimiento de sus relaciones”; VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, vol. II, vigésima tercera edición, Valencia, 2012, p. 1839: “El contrato de cuenta corriente comercial es un contrato (...) de financiación, porque cada una de las partes realiza prestaciones a la otra, que no cobra inmediatamente, sino que pospone

contrato de *cash pooling*, cuyo objeto no se limita a la liquidación por compensación de una serie de saldos acreedores y deudores surgidos entre las partes, ni tampoco a la concesión de crédito. Hemos de recordar que la causa principal del contrato de *cash pooling* es más amplia, pues atiende a la optimización de la gestión de la tesorería de un grupo de empresas. En este sentido, compartimos con la doctrina que ha de descartarse la identificación de una cuenta corriente mercantil en el contrato de *cash pooling*³⁰. En efecto, el fundamento causal del *cash pooling*, de acuerdo con los argumentos expuestos, escapa de la simplificación de la liquidación por compensación de una pluralidad de créditos recíprocos entre las partes.

Realizadas estas reflexiones, y una vez descartada la calificación del contrato de *cash pooling* como un contrato de cuenta corriente mercantil, continuamos con la búsqueda de un mecanismo jurídico que pueda englobar, por una parte, la posibilidad de que las partes, si así lo deciden en el contrato principal, puedan reclamar o exigir el saldo que resulte de la compensación en la cuenta centralizadora cuando lo deseen, y por otra parte, la causa unitaria del *cash pooling* en toda su extensión.

3. El depósito bancario. Objeción: incumplimiento de las reglas bancarias.

Recordemos de nuevo que en un contrato de *cash pooling*, la sociedad *pooler* se obliga a gestionar la tesorería de las participantes de acuerdo con las condiciones

su cobro a un momento posterior, el de cierre, periódico o final, de la cuenta, mediante compensación, en su caso, con las deudas contraídas por prestaciones de la otra”.

³⁰ Podemos destacar: RUGGERI, LUCA, “Brevi note circa il cash pooling...”, cit., p. 5. El autor apoya su opinión con una sentencia de la *Suprema Corte* que afirma la naturaleza financiera del contrato de *cash pooling*. Se trata de la *Sentenza della Cassazione* n. 14730 de 23 de enero de 2009 que dispone lo siguiente: “*la tenuta della casa comune tra due o più imprese, cash pooling per gli anglisti, quali che siano le modalità contabili di tenuta, adempie all’evidente funzione di escludere o limitare l’accesso al credito bancario, finanziando l’impresa partecipante alla casa comune con gli attivi di casa dell’altra o delle altre imprese*”; TREVISAN, TAMARA, “Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1)”, cit.; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Contrato de Cash Pooling”, cit., p. 242.

establecidas en el mismo. Para darle efectividad, las partes pactan que todo el saldo acreedor en sus cuentas se transfiera de forma periódica, normalmente al final del día, a la cuenta centralizadora gestionada por la sociedad *pooler*. Si esto así, creemos necesario, tal y como han hecho todos los autores que se han aproximado al estudio de la naturaleza jurídica de estos barridos ascendentes, señalar su imposible configuración como un depósito bancario³¹.

Se ha considerado que la existencia de un depósito bancario solo se concibe en la medida en que el reembolso de los fondos en él depositados quede garantizado de acuerdo con las reglas bancarias. Por tanto, es necesario que el Banco retenga en sus arcas un determinado porcentaje del depósito recibido con el que se asegura la restitución de los fondos a los depositantes que lo soliciten. A la referida porción del depósito que debe ser mantenida en reservas líquidas se le denomina técnicamente “coeficiente legal de reservas mínimas” y no puede usarse para inversiones o préstamos³². Dicho esto, es posible comprobar que esta figura no encaja con el *cash pooling*, porque aunque las empresas participantes tienen derecho a exigir el saldo entregado, bajo este contrato, no cuentan con una garantía de devolución ni tampoco de solvencia de la cuenta común³³. Esto nos

³¹ LORENZI, FRANCESCA, “Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare...”, cit.; DACCÒ, ALESSANDRA, *L’accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 122-126.

³² Reglamento (CE) N. 1745/2003 del Banco Central Europeo, de 12 de septiembre de 2003, relativo a las reservas mínimas, y Reglamento (UE) 2016/1705 del Banco Central Europeo, de 9 de septiembre de 2016, por el que se modifica el Reglamento (CE) N. 1745/2003 (BCE/2003/9) relativa a la aplicación de las reservas mínimas; Resolución de 18 de julio de 2017, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de la Resolución de 11 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España.

³³ Sin embargo, en el contrato de depósito bancario, la restitución del depósito debe quedar garantizada. De acuerdo con el artículo 1.766 del código civil: “*El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato*”.

En la doctrina, pueden verse, entre otros, los siguientes: ROCA JUAN, JUAN, “Artículo 1.766”, en ALBADALEJO, MANUEL (Dir.)/ DIEZ ALABART, SILVIA (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, donde expresa en las pp. 222 y 223 que: “*Este artículo 1.766 enuncia, como*

lleva a excluir la configuración de un depósito bancario en el sistema de *cash pooling*.

*un deber del depositario, el de restituir la «res deposita» en el «ídem corpus» «cuando le sea pedida», configurándolo así como reverso de la facultad del deponente de pedir la restitución, que tiende a poner fin a la situación de guarda, pues el deponente puede extinguirla a su arbitrio, aun cuando se haya fijado un plazo para la devolución (Cfr. Art. 1.775) (...) De manera que la restitución funciona como facultad del depositante, en principio, y como deber del depositario, una vez que la situación se ha extinguido. Pero en su conjunto, la facultad de pedir la restitución no puede incluirse entre las facultades y deberes que delimitan la función que el depósito cumple, sino al contrario, como facultad de extinguir el contrato, concluyendo la situación, ya que la función esencial del depósito es la de asumir la carga de detentar la cosa ajena para guardarla»; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano, 2011, pp. 1998-2001; HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, “Artículo 1.766”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 7, Libro IV, Bosch, Barcelona, pp. 1.038-1.041; BADOSA COLL, FERRÁN, “Artículo 1.766”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO (Dir.)/DÍEZ-PICAZO POCE DE LEÓN, LUIS (Dir.)/ BERCOVITZ, RODRIGO (Dir.)/ SALVADOR CODERCH, PABLO (Dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1654-1657; BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 274: “La primera obligación del Banco depositario es, pues, la de mantener liquidez suficiente para poder cumplir las restituciones solicitadas por sus depositantes (aunque más que una obligación contractual se trate de una obligación jurídico-administrativa). La segunda obligación consiste en restituir total o parcialmente a petición del cliente, los depósitos recibidos. Pero la exigibilidad de esta obligación varía, según la naturaleza del depósito: resulta exigible en cualquier momento, en los depósitos a la vista; cuando se formula y cumple el preaviso, en los de esta modalidad; cuando se produce el término o transcurre el plazo convenido, en los depósitos a plazo”; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 786: “el banco recibe del cliente una suma de dinero de la que el banco puede disponer, pero que debe custodiar y restituir en la forma pactada”. Aunque en nuestra doctrina se distinga entre depósitos bancarios “a la vista” o “a plazo fijo” atendiendo al momento en que pueda hacerse efectiva la restitución de las cantidades entregadas al banco, en ambos casos existe una garantía de devolución y de solvencia de parte del Banco que encuentra su causa en el coeficiente legal de reserva arriba mencionado.*

4. El depósito irregular. Objeción: ausencia de custodia por transmisión de la propiedad y falta de garantía de reembolso en cualquier momento indeterminado; El contrato de préstamo. Objeción: ausencia de disfrute y fundamento causal insuficiente.

Para continuar con el análisis de los barridos ascendentes de liquidez, conviene recordar que en el contexto de un contrato de *cash pooling*, como en todo contrato plurilateral, hay una serie de intereses diferenciados. En nuestro supuesto de hecho se observa por una parte el interés de las sociedades participantes a que su tesorería sea custodiada y gestionada eficazmente por la sociedad *pooler* y por otra parte, el interés de la sociedad *pooler* en recibir los excedentes de liquidez de las cuentas periféricas con el fin de mejorar la gestión y en definitiva, la posición del grupo que administra. El cumplimiento de ambos intereses parece contener elementos tanto del depósito irregular como del contrato de préstamo.

Destacó el jurista francés Robert Joseph Pothier³⁴ que la determinación de una u otra figura reside en el objeto o interés principal que se propongan los

³⁴ POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Tratado de los contratos de beneficencia*, Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores, ed. J. Roger, Barcelona, 1845, pp. 160 y 161: “*El depósito irregular se parece mucho al mutuo. Por aquel contrato se transfiere el dominio al depositario lo mismo que por el mutuo se transfiere al mutuuario; y el depositario, lo mismo que mutuuario, se obliga á devolver no las mismas especies in individuo, sino una cantidad igual á la recibida: por consiguiente las monedas, ipsa nummorum corpora, corren de su cuenta y riesgo, lo mismo que en el mutuo corren de cuenta del mutuuario; y aun cuando aquel lo mismo que este llegasen á perder las monedas recibidas por algún accidente de fuerza mayor, no por esto dejan de estar obligados el uno lo mismo que el otro á la restitución de una cantidad igual a la recibida. La única diferencia que hay entre estos dos contratos dimana del diferente objeto que se propusieron los contratantes. El mutuo se realiza únicamente a favor del mutuuario que necesita el dinero que le presta el mutuante solo para hacerle un favor. Por el contrario, el depósito irregular se verifica principalmente a favor del que dá su dinero á guardar por el temor de tenerlo poco seguro en su poder. Ningún interés tiene en el contrato el depositario que no pide ese dinero, y podría pasarse muy bien sin él; solo ex accidenti se permite al depositario el servirse del dinero que se le confió, hasta que le sea pedido, porque con tal que el deponente esté seguro de que ha de restituírsele el dinero cuando lo pida, le es de todo punto indiferente que mientras tanto se sirva de él el depositario, ó bien que esté guardado. (...) Sin embargo podríase todavía señalar una diferencia entre uno y otro, y es que en mutuo no podría el mutuante presentarse á exigir el pago de la cantidad prestada al dia despues ó á los pocos días de celebrado el contrato, como que esta demanda precipitada seria contraria al fin del*

contratantes, señalando a estos efectos que en el depósito irregular prevalece el interés del depositante a que su dinero sea custodiado, siéndole indiferente que el depositario lo use mientras aquél no lo necesite, si bien con la seguridad de que la cantidad entregada le será devuelta en cualquier momento que lo reclame³⁵; mientras que en el préstamo prevalece el interés del prestatario a usar el dinero, con la singularidad de que en este caso, a diferencia del anterior, el prestamista no puede reclamar el dinero en cualquier momento, sino transcurrido un plazo determinado, de otra manera no podría el prestatario “disfrutar” del mismo³⁶.

mutuo, pues el mutuuario no podría acudir con el dinero prestado á sus necesidades, sino se le dejase el tiempo suficiente para ello. Por el contrario en el depósito irregular el deponente puede reclamar inmediatamente el dinero: porque es de la naturaleza del depósito que sea devuelto tan luego como se pida. El contrato solo se hizo a favor del que dió á guardar el dinero; el fin principal del contrato no es otorgar al depositario la facultad de servirse de este dinero; pues esto solo se le permite ex accidenti, de manera sin embargo que á pesar de esto se halle siempre dispuesto á devolver la cantidad cuando se le pida”.

³⁵ BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 150-155, en especial la p. 153, donde se dispone que: “el depósito irregular aparece cuando el objeto del depósito son cosas fungibles y mediante pacto expreso el depositario adquiere su propiedad y a petición de éste, no las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma especie y calidad (*tantumdem eiusdem generis*)”; GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 138 y 139: “Cuando el depositario hace suya la cosa recibida, limitándose su obligación a la de devolver una cantidad igual (*tantumdem*), se dice que el depósito se convierte en irregular”.

³⁶ VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., p. 1836, donde el autor pone de relieve la característica del “disfrute” durante un tiempo determinado en el contrato de préstamo, y a estos efectos señala que: “En el momento del vencimiento del plazo o a los treinta días del requerimiento si no se pactó plazo (art. 313 Cdeco.), el prestatario devolverá la misma cantidad recibida, salvo que se pactara una cláusula de estabilización o revalorización. En caso contrario rige el principio nominalista”; DíEZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN, ANTONIO, *Sistemas de derecho civil*, cit., p. 413; BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 150-155, y especialmente en la p. 217: “La obligación de restituir puede ser exigible en dos supuestos distintos. Cuando para ello se pactó plazo, el prestamista no podrá exigirla anticipadamente, pues causaría al prestatario un grave e imprevisto quebranto económico, Si, por el contrario al prestar no se hubiere fijado plazo o se hubiere pactado por tiempo indeterminado, el prestamista no podrá exigir la restitución sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial reclamando el pago o reembolso (art. 313 C. de c.). Se comprende esta norma, dado el carácter crediticio de la operación y por el hecho de que, siendo destinada al comercio (art. 311.2 C. de c.), la cantidad prestada normalmente habrá sido invertida por el prestatario. Necesario, es, pues, permitirle un plazo para obtener liquidez

Realizadas estas observaciones, conviene identificar los diversos elementos de estas figuras que dimanen del contrato de *cash pooling*.

En primer lugar, por lo que hace a la posible configuración de los mencionados barridos ascendentes de liquidez como un depósito irregular, ha indicado una doctrina italiana que en la medida en que en un supuesto de *cash pooling* prima siempre el interés de las sociedades filiales sobre el interés de la sociedad *pooler*, desde una primera aproximación, podría valorarse esta calificación. Sin embargo se encuentran una serie de factores que lo alejan de esta figura³⁷. Por un lado, es imprescindible tener presente que la entrega de dinero, entendido como una cosa fungible no individualizada ni identificada, produce un cambio jurídico que se

suficiente para restituir"; SÁNCHEZ-CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Thomson Reuters, trigésima cuarta edición (séptima en Aranzadi), Cizur Menor, 2011, p. 381: "El contrato es traslativo de dominio, en cuanto que las cosas dadas en préstamo pasan a ser propiedad del prestatario; transmisión de la propiedad que se dice que no es la finalidad propia del préstamo, pero que es necesaria para que el prestatario pueda consumir la cosa dada en préstamo, pues fácilmente se comprende que si quien recibe el dinero no adquiriese la titularidad dominical sobre éste, difícilmente podría disponer del mismo. El prestamista, por consiguiente, pierde la propiedad del dinero y el derecho real que tenía sobre éste queda sustituido por un derecho de crédito a obtener la devolución de la cantidad entregada. Por tanto, el prestatario no ha de devolver la misma cosa que ha recibido (como el depositario o el transportista), sino otro tanto de la misma especie y calidad"; GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 146 y 147: "Se determina en el artículo 312, partiendo de la idea básica de que el prestatario no ha de usar las cosas prestadas para devolverlas después, sino que las consume, contrayendo la obligación de devolver otras de la misma especie y calidad. El derecho de propiedad del prestamista se convierte en un simple derecho de crédito. Esta transmisión de valor al patrimonio del prestatario engendra una obligación de restitución cuyo cumplimiento no puede ser exigido inmediatamente después de contraída: la relación de crédito y deuda que se funda con el contrato tiene carácter duradero, en armonía con la finalidad económica del préstamo. La duración de éste se fija en el contrato, sea determinando los plazos de su devolución parcial hasta la completa armonización. En los préstamos por tiempo indeterminado será la interpelación del acreedor, dando por vencida la obligación del deudor. Más, por la razón antes apuntada, establece el C. de c. que no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho (art. 313)"; LÓPEZ SANZ, SALVADOR, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., 454-457.

³⁷ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 122 y ss.

concreta en la transmisión de la propiedad, lo que significa que al entregar las sociedades participantes la propiedad del dinero a la sociedad *pooler*, la obligación o interés principal de custodia propia del depósito desaparece, sustituyéndose por la obligación o interés secundario de restituir la cantidad entregada. De esta manera, se ha entendido tradicionalmente que con la transmisión de la propiedad, el contrato de depósito pierde su consideración para convertirse en préstamo³⁸.

³⁸ Los artículos 1.767 y 1.768 del Código Civil prevén la conversión del contrato de depósito en préstamo en los supuestos en los que el depositante haya concedido permiso expreso para servirse de la cosa depositada. ROCA JUAN, JUAN, “Artículo 1.767 y Artículo 1.768”, en ALBADALEJO, MANUEL (Dir.)/ DIEZ ALABART, SILVIA (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 238: “Y así, en el artículo 1.767, se alude a un depositario que tenga permiso expreso para servirse de la cosa depositada, mientras que en el artículo 1.768 se afirma que, en ese caso, el tal depósito se convierte en un préstamo o comodato. Lo que puede acaso interpretarse en el sentido de que, al contratar el depósito –inicialmente- pueda el deponente permitir el uso, sin que deje de ser depósito, bien porque el uso por el depositario puede tener lugar en interés del deponente, integrando el deber de conservación (animal que debe ejercitarse, mecanismo que se deteriore por falta de funcionamiento, etc.) o porque un cierto uso se pacte como expresa retribución por el servicio de guarda que el depositario presta. Por el contrario, la expresión «se convierte» en préstamo o comodato, que el artículo 1.768 emplea para cuando el depositario tiene permiso, puede indicar dos cosas: que aunque las partes denominen depósito al contrato, si el depositario tiene permiso para servirse de la cosa, el depósito no es tal, sino comodato o préstamo. O que constituido un depósito, sin facultad de usar, la concesión del uso, posterior al contrato, convierte este depósito inicial en un comodato o préstamo”; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 2001-2004; HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, “Artículo 1.767” y “Artículo 1.768”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 7, Libro IV, Bosch, Barcelona, pp. 1041-1.044; DÍEZ PICAZO, LUIS/GULLÓN, ANTONIO, *Sistemas de Derecho Civil*, cit., pp. 413 y 414; Sentencia del Tribunal Supremo, sección 1ª, Roj. núm. 8780/1987, de 19 de septiembre de 1987 establece que: “Aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero, o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el art. 1768 al poder el depositario servirse de la cosa depositada y otros de contrato “sui generis” al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada; siendo, también, mayoritaria la opinión de los que entienden que tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente, los elementos típicos del depósito –restitución de la cosa cuando le sea pedida art. 1.766 del Código Civil- y se acentúan los del préstamo –recepción de una cosa fungible en

*propiedad para devolver después otro tanto- (...) El depósito irregular, en general, al transferir la propiedad del dinero o de la cosa fungible que se entrega al receptor hace desaparecer la característica típica del depósito, la custodia, que es sustituida por la obligación de restitución de cantidad, típica del préstamo o del contrato sui generis, de que se trata, no pudiendo entenderse por tanto, que nos encontremos ante un depósito común con los efectos propios del mismo”; CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, “Lección 33ª. Contratos de servicios (I): Prestación de servicios y ejecución de obra”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a ROSARIO/ VERDERA SERVER, RAFAEL, Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos, Tirant lo Blanch, 2001, p. 486: “En sentido general, es irregular el depósito cuando el depositario tiene autorización para servirse de la cosa depositada, sea cual sea la naturaleza de esa cosa. Tal permiso ha de ser expreso, no presumiéndose (art. 1767). Cuando media tal permiso, el Código civil muda la calificación jurídica de la relación, que, según el art. 1768 (vid. también art. 309 CC), pasa a ser préstamo, dejando de ser depósito; según la naturaleza de las cosas, fungibles o infungibles, se tratará de mutuo o comodato”; RODRIGO URÍA/ MENÉNDEZ, AURELIO/ JAVIER CORTÉS, LUIS, “Capítulo 67. El contrato de depósito”, en RODRIGO URÍA (Dir.)/ MENÉNDEZ, AURELIO (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 303 dispone que: “Esta regulación, de notoria rigidez, cede naturalmente ante la voluntad contraria de las partes que pueden pactar que el depositario se sirva del depósito (art. 1767 y 1768). Este permiso o acuerdo sí determina, en cambio, la modificación del acuerdo, estableciéndose en el artículo 1768 que «el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato», efecto de conversión del negocio que reitera el artículo 309 del Código de comercio cuando dispone que «siempre que, con asentimiento del depositante, dispusiere el depositario de las cosas que fueran objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendase, cesarán los derechos y obligaciones propias del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado». El legislador presume, pues, en la autorización para usar o disponer de las cosas depositadas un acuerdo de modificación del negocio de depósito con la consecuente novación de las obligaciones del depositario. Cuando se trate de cosas fungibles y no pueda establecerse que es otra la voluntad de las partes, el contrato devendrá un préstamo o mutuo, quedando obligado el antes depositario y ahora prestatario a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1740). Pero bien puede ocurrir que la voluntad de las partes sea diversa, y que el contrato se transforme en un negocio distinto que puede ser la comisión o algún otro (art. 309)”.*

En este mismo sentido, pueden verse las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (sección 1), Roj. núm. 12932/1991, de 10 de enero de 1991; sentencia de 2 de julio de 1948, o sentencia de 19 de abril de 1997).

Pese a la literalidad del artículo 1.768, una parte de la doctrina insiste en que la puesta a disposición a favor del depositario no es razón suficiente para considerarlo como un contrato de préstamo. Véase en este sentido: GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 139: “Nuestro Código Civil, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa, contiene en su artículo 1.768 una declaración terminante que elimina la posibilidad de existencia legal del depósito irregular en nuestro Derecho. Nuestro Código de comercio no formula una declaración tan terminante en contra del depósito irregular. En su artículo 309

*se limita a decir que siempre que con asentimiento del depositante dispusiese el depositario de las cosas que fueran objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado. Cuando por voluntad expresa de los contratantes el contrato de depósito se convierta en préstamo, comisión u otro distinto, es claro que se aplicarán las normas de este contrato. Cuando no celebraren expresamente ningún otro contrato del cual sea consecuencia la facultad de disposición a favor del depositario, parece que serán aplicables por analogía las normas del préstamo mercantil, supuesto que el depositario soporta el riesgo en concepto de dueño y se aprovecha de los frutos. Pero aun en este caso persisten algunas razones que inducen a seguir considerando el contrato como depósito y no como préstamo (por ejemplo, la libre disponibilidad a favor del depositante, el ser éste quien toma la iniciativa del contrato, la modicidad del interés, etc.)”; SÁNCHEZ ARISTI, RAFAEL, “Artículo 1.767”, y “Artículo 1.768”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 2001-2004, concretamente la p. 2003, en la que el autor manifiesta que: “Pero, más allá de que quepa presumir o no la autorización de uso, y a pesar de la rotunda literalidad del artículo 1768, lo que importa es que el contrato no tiene por qué perder su calificación como depósito por el hecho de que el depositario tenga concedido –explícita o implícitamente- un permiso de uso. Lo importante, a efectos de esa calificación, es que la finalidad esencial perseguida con el contrato siga siendo la guarda de la cosa. Lo que ocurre –y parece haber pasado desapercibido al legislador al redactar el art. 1.768- es que, en ocasiones, esa finalidad de guarda se logra mejor precisamente a través de la concesión al depositario de un permiso de uso. Piénsese en ciertos bienes cuya correcta conservación depende de su utilización cotidiana, como el animal que ha de ejercitarse, o la maquinaria que se deteriora si permanece mucho tiempo sin ser accionada (ROCA JUAN). O, volviendo al caso de los depósitos irregulares, piénsese si acaso no está mejor salvaguardado el interés contractual del depositante aceptando que el depositario puede servirse de la cosa depositada, al tiempo que –corriendo con los riesgos que puedan acecharla- se compromete a restituir en cualquier momento una misma cantidad de cosas de la misma especie, en lugar de considerando como única fórmula de llevar a cabo un depósito de cosas fungibles, la de entregarlas al depositario individualmente, con la consiguiente asunción por el depositante del riesgo de pérdida fortuita (ROCA JUAN). Por otra parte es evidente que el depositante de una cosa fungible (v. Gr. Una suma de dinero) no pretende propiamente hacer un préstamo a favor del depositario, sino que desea obtener una custodia a la par que una disponibilidad inmediata de lo depositado (STS 28 mayo 1990 [RJ 1990, 4091]; GARRIGUES)”; RODRIGO URÍA/ MENÉNDEZ, AURELIO/ JAVIER CORTÉS, LUIS, “Capítulo 67. El contrato de depósito”, cit. p. 303: “la disposición o uso de las cosas no tiene por qué implicar necesariamente una radical desnaturalización del depósito, pudiendo, por el contrario, determinar tan sólo su irregularidad, con la consecuencia de que, junto al depósito regular y sin caer en el ámbito del préstamo, cabría situar justamente como variedad sui generis al depósito irregular, caracterizado, por una parte, frente al depósito regular, por la transmisión de la propiedad de las cosas depositadas y por la consecuente obligación de devolver sólo el tantundem eiusdem generis et qualitatis, (...); y por otra, frente al préstamo, por la presencia de la finalidad de custodia y por la ausencia, en muchos casos, de plazo para*

Por otro lado, en el contexto de nuestro supuesto de hecho, la sociedad *pooler*, dada la función especulativa que asume, basada como sabemos en la optimización de la posición global del grupo con los excedentes de tesorería recibidos, no puede garantizar el reembolso de los fondos recibidos en cualquier momento, como es propio del depósito irregular³⁹.

En segundo lugar, también detectamos varias dificultades para configurar los mencionados barridos de tesorería, tanto ascendentes como descendentes, como contratos de préstamo. En nuestro supuesto de hecho, tal y como se ha advertido por varios autores de derecho comparado, los flujos de liquidez están diseñados para satisfacer necesidades puntuales, inmediatas y transitorias, no siendo posible su disfrute durante un plazo de tiempo determinado y más o menos amplio como sí es natural en los contratos con causa crediticia. En efecto, en el escenario de un sistema de *cash pooling*, desde el mismo momento en que se transfieren los saldos, en virtud de la compensación automática que se produce en la cuenta centralizadora, éstos pasan a ser líquidos y exigibles⁴⁰. En definitiva, para que exista propiamente un contrato de préstamo es imprescindible que haya un intervalo de tiempo entre la entrega y la restitución de los fondos. De otra manera, la función de crédito inherente al préstamo, es decir, el cumplimiento con el dinero prestado de un determinado propósito durante el mencionado intervalo de tiempo, no puede tener lugar⁴¹.

la devolución de la cosa entregada (v. SSTS 14 de septiembre de 1987 y 10 de enero de 1991)”.

³⁹ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 122 y ss.

⁴⁰ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 122 y ss.; LORENZI, FRANCESCA, “Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare e finanziamenti infragrupo”, cit.

⁴¹ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 122 y ss.

Otra circunstancia que aleja la calificación de los mencionados flujos de liquidez entre las partes como préstamos se sitúa en el diverso fundamento causal de ambas figuras. Al igual que negábamos que la causa del *cash pooling* se limitara únicamente a la simplificación de las relaciones recíprocas entre las partes, negamos ahora que su único fundamento causal sea la financiación⁴².

5. (Continuación) El contrato de préstamo. Tesis acogida por la doctrina mayoritaria.

A pesar de las reflexiones anteriores, la doctrina mayoritaria, a la que nos unimos, ha defendido que los barridos de liquidez entre las cuentas periféricas y la cuenta centralizadora cumplen una función de crédito. Ello se ha observado especialmente en los barridos de liquidez descendentes, es decir, en la liquidación del saldo pasivo de la cuenta periférica. Recordemos en este sentido que de acuerdo con el esquema de investigación trazado, la sociedad *pooler* se compromete a cubrir los déficits de tesorería que pudieran tener algunas empresas del grupo. De este modo, éstas últimas, al final de cada día laboral, transfieren todo el saldo negativo de sus cuentas corrientes a la cuenta centralizadora. A continuación, la sociedad *pooler* pone a disposición de cada una de ellas el mismo importe pero con signo opuesto, de tal modo que las cuentas presenten un saldo igual a cero. En este contexto, se ha dicho que la referida puesta a disposición de recursos financieros entre las sociedades del grupo, aunque sea temporal, constituye un negocio de préstamo⁴³.

⁴² La doctrina ha considerado de forma unánime que la causa financiera no es suficiente para explicar todo el contenido del contrato de *cash pooling*: FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El Contrato de Cash Pooling”, cit., p. 242; RUGGERI, LUCA, “Brevi note circa il cash pooling...”, cit., p. 4.

⁴³ En este sentido, LORENZI, FRANCESCA, “Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare e finanziamenti infragrupo”, cit., citando en su nota núm. 8 a MIOLA, MASSIMO, “Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale”, en *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capital. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, Giappichelli, 2011.

Si bien es cierto que de forma unánime se ha reconocido que la causa unitaria del contrato de *cash pooling* no se corresponde únicamente con la financiación, sí se ha considerado, como decimos por la mayoría de los autores que se han aproximado a este estudio, que el elemento préstamo figura en este contrato⁴⁴.

6. Los barridos de liquidez como un contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente.

Hasta el momento, hemos señalado por una parte, que la progresividad que opera en la cuenta centralizadora impide su calificación como una cuenta corriente mercantil. Por otra parte, también hemos indicado que pese al carácter inmediatamente líquido y exigible que tienen los barridos de tesorería en nuestro supuesto de hecho, la doctrina mayoritaria ha considerado que la entrega de saldo supone una puesta a disposición de recursos financieros y desde este punto de vista, al contrato de *cash pooling* le es necesariamente inherente el elemento préstamo.

Dicho esto, creemos que es interesante destacar la solución a la que ha llegado un autor, que ha calificado el mecanismo jurídico del *cash pooling* como un «contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente»⁴⁵. En voz del mismo autor,

⁴⁴ En la doctrina y jurisprudencia comparada pueden destacarse, en Italia: MIOLA, MASSIMO, “Tesoreria accentrata nei gruppi di società...”, cit.; TREVISAN, TAMARA, “Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1)”, cit.

En Alemania: ALTMIPPEN, HOLGER., “Cash pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungsoder Gewinnabführungsvertrag”, NZG, núm. 11, 2010, pp. 401-406; VETTER, JOCHEN/SWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)”, cit., donde los autores a lo largo de todo el trabajo se refieren a los barridos ascendentes y descendentes como préstamos.

En nuestra doctrina y jurisprudencia se ha considerado que las transferencias de liquidez entre las cuentas periféricas y cuenta centralizadora conlleva el nacimiento de un derecho de crédito para las partes. Entre otras referencias pueden destacarse: ORTEGA VERDUGO, FRANCISCO JAVIER, cit., p. 26.

⁴⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “El contrato de cash pooling”, cit.

pero en un trabajo distinto, «no existen contratos de cuenta corriente sino contratos en cuenta corriente», lo que significa que cualquier relación jurídica que produzca remesas recíprocas de dinero puede incorporar en su contenido un pacto de cuenta corriente, entendiéndose por éste, un acuerdo que permita a las partes la liquidación por compensación de sus saldos recíprocos en las condiciones que se decidan⁴⁶. Si esto es así, ciertamente las partes podrían añadir al contrato de préstamo un pacto de cuenta corriente que acordase la liquidación por compensación progresiva o automática de los saldos reunidos en la cuenta centralizadora. Nos parece una solución acertada. Efectivamente, el contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente no solo define la naturaleza crediticia de los flujos de liquidez realizados entre las partes, sino que también diseña el instrumento o el mecanismo por el que proceder a la liquidación por compensación de los créditos y deudas existentes entre las partes.

Pese a ello, ha de tenerse en cuenta que este mecanismo jurídico no es suficiente para calificar de forma global la naturaleza jurídica del contrato de *cash pooling*, que además de llevar inherente una causa financiera y otra causa fundada en la simplificación de las relaciones jurídicas entre las partes, persigue un propósito más complejo que como ya hemos repetido en numerosas ocasiones, se concreta en la optimización de la tesorería del grupo.

⁴⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Lecciones. Derecho Bancario”, cit., pp. 297 y 298, donde se indica lo siguiente: “*En cuanto a la llamada cuenta corriente mercantil, es decir, el acuerdo entre dos comerciantes por el que someten a liquidación por compensación los créditos recíprocos que resultan de sus relaciones comerciales, no hay razón para considerarla como un pacto de cuenta corriente añadido a las relaciones comerciales entre las partes. Pacto, que desde el punto de vista de la función económica a la que sirve, no puede distinguirse del asociado a un contrato bancario, por lo que, a nuestro juicio, puede prescindirse de la distinción. En definitiva, pues, no hay contrato de cuenta corriente, sino contratos en cuenta corriente y, por tanto, todo contrato que implique remesas de dinero entre las partes, tengan éstas la naturaleza que tengan (provisión de fondos de una de las partes a la otra, pagos parciales, prestaciones dineradas que sirven para ejecutar un contrato de tracto sucesivo...) puede incorporar a su contenido un pacto de cuenta corriente, esto es, la previsión de que las relaciones recíprocas se irán liquidando por compensación de acuerdo con los caracteres que se pacten (automática, sucesiva...). En cuanto a régimen jurídico aplicable, deben mantenerse separadas las cuestiones relativas al contrato celebrado entre las partes y las cuestiones relativas al pacto de cuenta corriente*”.

7. La sociedad interna. Objeción: connotaciones societarias implícitas pero insuficientes.

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de este capítulo, en el ámbito del contrato de *cash pooling*, como en todo contrato recíproco, hay intereses diferenciados entre las partes. Pese a ello, no puede dudarse que las diversas sociedades se coordinan entre ellas de un modo funcional con el propósito de obtener un fin común, cual es precisamente la causa unitaria del *cash pooling*. En efecto, la optimización de la tesorería del grupo, concretada en la disminución del recurso financiero externo o en el abaratamiento del coste de intereses en la obtención de financiación intragrupo, constituye un fin común deseado por todas las sociedades que participan en él. Si esto es así, parece interesante reflexionar acerca de las connotaciones societarias que el contrato de *cash pooling* pudiera tener implícitas, más concretamente nos preguntamos si nos encontramos ante la situación propia de una sociedad interna⁴⁷.

La sociedad se regula en el artículo 1.665 del Código Civil y se define como un contrato «por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias»⁴⁸. Pero lo que ahora

⁴⁷ DÍEZ PICAZO, LUIS/ GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil*, cit., pp. 458 y ss.

⁴⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Artículo 1.665”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO (Dir.)/ DÍEZ-PICAZO POCE DE LEÓN, LUIS (Dir.)/ BERCOVITZ, RODRIGO (Dir.)/ SALVADOR CODERCH, PABLO (Dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1299-1328, disponiendo en la p. 1.302 lo siguiente: “El punto de partida del análisis arranca pues de la descripción del tipo. Teniendo en cuenta los elementos de configuración que nos proporciona directamente el art. 1665 y que, indirectamente, cabe recabar del resto de los preceptos, el modelo legislativo de la sociedad podría perfilarse en los siguientes términos: la sociedad civil constituye un contrato por medio del cual las partes se obligan a contribuir a la consecución de un fin común de carácter lucrativo. Del contrato resulta una organización *intuitus personae*, dotada de patrimonio y estructurada para insertarse en el tráfico por medio de la personalidad jurídica, que persigue la realización del fin común a través de una actividad común, de carácter estable o permanente y de naturaleza civil”; MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, “Artículo 1.665”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 1883-1886; HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, “Artículo 1.665”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, *Comentario del Código Civil*, Libro IV Bosch, Barcelona, 2000, pp. 788-795; BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA,

nos interesa resaltar es que tradicionalmente, el contrato de sociedad se ha caracterizado por concurrir en él una voluntad de unión entre las partes con el propósito fundamental de conseguir un fin común⁴⁹ (*affectio societatis*)⁵⁰. La presencia de un fin común en el contrato de *cash pooling*, junto con la circunstancia de que en él, al igual que sucede en el contrato de sociedad, se constituye un fondo común administrado por la empresa matriz del grupo, ha llevado a un autor a explorar la idea de calificar la naturaleza jurídica del *cash pooling* como un contrato de sociedad interna⁵¹.

“Lección 36ª. Contratos societarios”, VERDERA SERVER, RAFAEL (coord.)/ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª ROSARIO (coord.), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 501 y ss.

⁴⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Artículo 1.665”, cit., pp. 1313 y 1314: “*El elemento verdaderamente vertebrador del fenómeno societario es la comunidad de fin (v. GIRÓN, Der. Soc. I., p. 40). El fin común constituye, en efecto, el nervio funcional sobre el que se asienta la especificidad de la sociedad. Por esta razón, es un elemento que ha de situarse en el plano causal en conexión con el objeto social, que es su manifestación más próxima (pero en modo alguno debe identificarse con la actividad común a la que hemos aludido supra III, 2; v. no obstante, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, Atipicidad, pp. 315 ss.). La causa del contrato de sociedad, que ya no puede residenciarse en el criterio material del ánimo de lucro, debe residenciarse en el criterio formal del fin común. En este sentido podríamos precisar que la causa societatis es, como la de ciertos negocios instrumentales (cesión de créditos, delegación, letra de cambio, etc.) con independencia de que se persigan por motivos egoístas o altruistas (v. PAZ-ARES, Estudios Girón, p. 752). El centro del sistema ha de desplazarse desde el art. 1665, que simplemente recoge un elemento usual de la causa, al art. 1666 I in fine, que recoge el elemento esencial: la comunidad de fin*”.

⁵⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Artículo 1.665”, cit., p. 1321: “*El consentimiento ha de versar necesariamente sobre el fin común y sobre las aportaciones, que son los elementos esenciales del contrato. Por ello, la llamada affectio societatis, entendida como voluntad de unión y como voluntad de poner en común (esta es la clásica definición de la STS 3-XII-59), se identifica plenamente con el consentimiento contractual (v., entre otras, STS 3-XII-59, 11-XII-65, 10-IV-86, 19-III-90, etc.; ofrece indicaciones doctrinales en el mismo sentido SCAEVOLA/CASTÁN, Código, XXV, p. 422 ss.) no puede compartirse. En realidad, como ya dijera un ilustre civilista, la affectio es la mera representación subjetiva de los elementos que constituyen la esencia del contrato (SCAEVOLA/CASTÁN, Código, XXV, p. 428” en el mismo sentido se orienta la doctrina predominante: v. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, Sistema, II, p. 517; LACRUZ, Elementos, II, p. 391; CAPILLA, Com. Edersa, XXI-1, p. 179; MIGUEL, Com. Edersa, V-2, p. 40, etc.; y también algunas resoluciones judiciales: v. por ejemplo, STS 13-VI-83, 20-III-84, etc.)”.*

⁵¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “El contrato de cash pooling”, cit.

En nuestra opinión, sin embargo, de acuerdo con el esquema de investigación trazado, el contrato de *cash pooling* se suscribe entre una sociedad *pooler* y otras sociedades participantes que se adhieren. En este esquema, como punto de partida no hay un contrato de sociedad, pues la *pooler* ya es en sí misma una sociedad, participada por sus accionistas, con su propio patrimonio, que presta unos servicios a terceros, y con un objeto social que no tiene por qué coincidir necesariamente con el de las demás⁵². Si bien es cierto que en el contrato de *cash pooling* puede haber connotaciones societarias implícitas, su base o fundamento no creemos que sea el de un contrato de sociedad.

8. Contrato de comisión mercantil. Tesis acogida por la mayoría de la doctrina; Contrato de agencia. Objeción: finalidad de promoción.

Una vez anunciado lo anterior, debemos proceder a determinar la categoría jurídica a la que pertenece la “orden” que las sociedades participantes emiten a la sociedad *pooler* a fin de que ésta última gestione sus particulares saldos en conjunto con la tesorería del grupo. En este sentido, nos hemos preguntado si nos encontramos ante un contrato de comisión mercantil, también denominado de mandato mercantil. De acuerdo con este tipo legal, un empresario, en calidad de comisionista, se obliga a prestar su actividad de forma ordenada y retribuida, consistente en realizar un acto u operación de comercio por cuenta de otro que es el comitente (arts. 244 y ss. del Código de comercio)⁵³.

⁵² Indica PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Artículo 1.665”, cit., en la p. 1322 que el fin común y el objeto social no pueden dissociarse: “*Parte de las dificultades se sitúan en la propia estructura conceptual de la noción de fin común. Desde esta perspectiva, hemos de señalar que el fin común y el objeto social aunque conceptualmente puedan – e incluso deban- distinguirse, no pueden dissociarse ambos, indisociablemente vinculados, constituyen la causa del contrato de sociedad, entendido como el propósito práctico o la finalidad empírica perseguida por las partes*”.

⁵³ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 216 y 217: “*El Código vigente, como decimos, considera al contrato de comisión como un contrato de mandato mercantil, y la actividad que ha de realizar ha de ser un trabajo cualificado como acto o contrato mercantil y no cualquier tipo de actividad. La comisión es contrato intuitu personae, fundado, como el mandato, en la mutua confianza entre los contratantes. Por todo lo cual podemos definir el contrato de*

Lo que ahora nos importa destacar es que la relación entre el comitente y el comisionista es instantánea, es decir, se concluye y se extingue con la perfección del concreto acto u operación de comercio en que consista la comisión. Por operación de comercio se suele entender una serie de actos contiguos pero no una actividad. En definitiva, en el contrato de comisión mercantil no hay actividad sino actos singulares, y cada comisión va precedida de una orden⁵⁴.

Desde una primera aproximación sería posible pensar que estos principios no encajan con nuestro supuesto de hecho debido a que la labor de gestión realizada por la sociedad *pooler* se corresponde con una actividad duradera o de tracto sucesivo. Más concretamente podría llegar a admitirse que las transferencias de saldos acreedores o deudores desde la cuenta periférica a la cuenta centralizadora, dado su carácter continuado y permanente, normalmente al final de cada día laboral, más que actos puntuales u ocasionales que deban ir precedidos de una

comisión como el mandato en virtud del cual el mandatario (llamado comisionista) se obliga a realizar o a participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona (comitente)”; SALA REIXACHS, ALBERTO, Comentarios al Código de Comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo II, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 1059-1062; GARRIGUES, JOAQUÍN, Curso de Derecho Mercantil, cit., pp. 101 y ss.; LÓPEZ SANZ, SALVADOR, Curso de Derecho Mercantil, editorial Bello, Valencia, 1991, pp. 419-424; PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO, El contrato de comisión, cooperación y conflicto... cit.; URÍA, RODRIGO/ MENÉNDEZ, AURELIO/ ALONSO SOTO, RICARDO, “Contratos de colaboración: el contrato de comisión”, en URÍA, RODRÍGO (dir.)/ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO (dir.), Curso de Derecho mercantil, vol. 2, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 155-164; VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, Introducción al Derecho Mercantil, cit., pp. 1627-1631.

⁵⁴ BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 112-119, concretamente en la p. 113 se dispone lo siguiente: “por el contrato de comisión se establece entre las partes una relación esporádica, de modo que, ejecutado y consumado el acto o negocio objeto del mandato encomendado se extingue el contrato”; SALA REIXACHS, ALBERTO, *Comentarios al Código de Comercio*, cit., pp. 1.059 y 1.060: “la comisión es un contrato de tracto instantáneo, a pesar de que su objeto pueda englobar la ejecución de uno o más encargos. No hay permanencia o estabilidad en la relación comitente-comisionista, frente a lo que acontece en el contrato de agencia, contrato de tracto sucesivo”; GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 101 y ss., y en concreto la p. 108, donde dispone que: “Normalmente el contrato se extingue cuando se ha realizado el acto u operación de comercio que tuvo por objeto (v. art. 244 del C. de c.) o cuando este objeto ha devenido imposible”.

orden singular y por tanto acompañados de una comisión, constituyen una actividad.

No obstante, ha de tenerse presente que la comisión, pese a ser un contrato de tracto instantáneo, puede contener en su objeto la ejecución de una serie de actos contiguos o una pluralidad de encargos. Desde este punto de vista, es posible aceptar que mediante un contrato de comisión, las sociedad participantes pueden encargar la gestión del conjunto de flujos de tesorería ascendentes que se realizan con ocasión de un contrato de *cash pooling*. En efecto, según hemos podido comprobar, lo más habitual en la práctica empresarial es que las partes convengan un contrato de comisión mercantil como cauce para encargar a la sociedad *pooler* la gestión de su tesorería⁵⁵.

En el camino hacia esta conclusión, nos hemos cuestionado y descartado, si en atención al carácter duradero del contrato de *cash pooling* no sería más plausible instrumentar el referido encargo mediante un contrato de agencia. Por este contrato, una persona natural o jurídica, denominado agente, se obliga frente a un empresario principal a promover actos u operaciones de comercio a cambio de una remuneración, de manera continuada y duradera, por cuenta ajena, y sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de aquellos⁵⁶. El agente, con cierta independencia respecto al empresario principal, organiza y gestiona los actos u operaciones conforme a sus propios criterios⁵⁷.

⁵⁵ Así lo ha considerado también nuestra doctrina. Véase: FUENTES NAHARRO, MÓNICA, "El contrato de Cash Pooling", cit., p. 245.

⁵⁶ Artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia: "*Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones*".

⁵⁷ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pp. 233-243; BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 121-128; LÓPEZ SANZ, SALVADOR, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pp. 426 y 427; VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., pp.1631-1637.

Las notas características referentes a la estabilidad o continuidad de la relación, la independencia que mantendría la sociedad *pooler* como agente en el desempeño de sus funciones, así como el ejercicio de la actividad a riesgo y ventura de las sociedades participantes, podrían en un principio encajar con el contrato de *cash pooling*. No obstante, el objeto o finalidad del contrato de agencia no se corresponde con nuestro supuesto de hecho. Por el contrato de agencia, el agente desempeña una función vinculada con la promoción de un acto u operación de comercio, mientras que por el contrato de *cash pooling*, la sociedad *pooler* no realiza una función de promoción sino una de gestión. En base a esta consideración nos parece adecuado excluir la presencia de un contrato de agencia en el marco de un contrato de *cash pooling*.

9. Síntesis. Necesaria calificación del *cash pooling* como un contrato atípico y mixto.

Llegados a este punto, nos parece que la solución más razonable es calificar el *cash pooling* como un contrato atípico y mixto. Atípico porque como hemos podido comprobar a lo largo de este estudio, no está regulado expresamente. Y mixto porque, en nuestra opinión, éste es un contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente que se sirve además, de un contrato de comisión mercantil. El contrato de *cash pooling* proyecta, regula y coordina ulteriores relaciones jurídicas, cuya celebración es necesaria para el funcionamiento del sistema de gestión. En este sentido, por el contrato inicial, las partes se comprometen u obligan a celebrar los demás contratos pertinentes.

III. Naturaleza jurídica de la centralización de cobros y pagos por la sociedad *pooler*.

1. Planteamiento.

Como ya sabemos, de acuerdo con este contrato, la sociedad *pooler* no solo lleva a cabo una centralización y gestión de los saldos acreedores y deudores de las sociedades participantes sino que además, con el objeto de cohesionar y

simplificar las relaciones que estas empresas tienen con proveedores comunes, procede también a la apertura de una cuenta corriente bancaria en la que centraliza la cuenta de pagos y cobros de todas las empresas, a través de la cual realiza el pago y el cobro a los proveedores. En esta cuenta centralizadora se produce una compensación, también progresiva, de todas las posiciones acreedoras y deudoras que nacen entre las partes a consecuencia de los pagos y cobros realizados por la *pooler*. En este sentido, las empresas participantes no tienen cuentas de cobro o pago con sus proveedores, sino que todas sus relaciones u operaciones se vinculan a la *pooler*. En estas cuentas (las de las empresas del grupo, pagaderas únicamente a la *pooler*) se anotan las operaciones de cobro y pago realizadas por la sociedad *pooler* en nombre de las participantes⁵⁸.

Realizados estos apuntes, nuestra tarea se dirige a (1) determinar la relación jurídica por medio de la cual las empresas participantes ordenan a la sociedad *pooler* realizar, en su nombre, los cobros y pagos a sus proveedores, (2) definir el mecanismo jurídico por el que se produce la compensación progresiva de las posiciones acreedoras y deudoras de las empresas como efecto de dichos cobros y pagos, y (3) observar el mecanismo del *netting* multilateral, como otra forma de extinción de las obligaciones.

2. Contrato de mandato o comisión mercantil de sociedades participantes a sociedad *pooler*.

Nos parece posible admitir la existencia de un contrato de comisión mercantil de participantes a sociedad *pooler* en cuya virtud, esta última (en calidad de comisionista) se encarga de cobrar y pagar a terceros por cuenta de las participantes (comitentes)⁵⁹. En este precedente reside el derecho de las

⁵⁸ DACCÒ ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 141 y ss. La autora se ha centrado en analizar con profundidad este esquema desde el ordenamiento italiano. Nos serviremos de su estudio para examinar el contrato desde la legislación, doctrina y jurisprudencia españolas.

⁵⁹ El servicio prestado por la sociedad *pooler* es muy similar al servicio de caja que presta el Banco a sus clientes y que consiste de una parte, en el servicio de pago y cobro a

sociedades participantes de enviar ordenes singulares de ejecución de cobros y pagos a la sociedad *pooler*. Sin esta relación previa, las ordenes de las participantes no vincularían a la *pooler*⁶⁰. Al hilo de esta cuestión, es interesante recordar que de acuerdo con el artículo 244 del Código de comercio, el objeto de este contrato ha de consistir en “un acto u operación de comercio”⁶¹. No parece que desde este punto de vista haya problema para encuadrar nuestro supuesto de hecho en el contrato de comisión mercantil, en la medida que la obligación de la sociedad

terceros ordenado por el cuentacorrentista y de otra parte, en el apunte contable de los mismos en la cuenta. El contrato de servicio de caja es en realidad un contrato de mandato o comisión mercantil en cuenta corriente. Desde este punto de vista, parece posible admitir que existe un contrato de comisión mercantil de participantes a sociedad *pooler*. Sobre el servicio de caja como contrato de comisión mercantil puede consultarse: ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, “Lecciones. Derecho Bancario”, cit. p. 298, establece que: “*El elemento definitorio (causa) del contrato que examinamos es el servicio de caja. En función de éste, hemos señalado que la calificación más correcta es la de mandato o comisión (STS 19.11.1995 y 21.11.1997). El banco, por razón de este contrato, se convierte en agente del cliente en el tráfico de pagos y de cobros, o en la gráfica expresión de Garrigues, “se obliga a hacer de su caja la caja propia del cliente”. Gracias a este servicio, el cliente puede pagar y cobrar sus deudas y créditos con terceros sin necesidad de movimiento físico personal o de los fondos. Se aplican las reglas generales en materia de actuación por cuenta de terceros, en materia de actuación mediante representante. La forma típica de apoderamiento es la autorización*”; RECALDE CASTELLS, ANDRÉS JUAN, “Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria. Comentario a la STS (Sala 1) de 19 de diciembre 1991”, Diario La Ley, núm. 3112, 1992, pp. 219, señala que: “*Nos hallamos más bien ante un mandato de cobro encuadrable en el servicio de caja que presta –en su condición de mandatario o comisionista– el banco frente al cliente en virtud del contrato de cuenta corriente*”; EMBID IRUJO, JOSE MIGUEL, “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria: Las prestaciones: el llamado servicio de caja. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad”, en, BONARDELL LENZANO, RAFAEL/VILLAVERDE GARCÍA, RAFAEL, *Contratos bancarios*, 1992, pp. 91-114; EMBID IRUJO, JOSE MIGUEL, “Significado jurídico de las cuentas bancarias indistintas. Comentario a la STS (Sala 1) de 7 de julio de 1992”.

⁶⁰ Sobre los conflictos de intereses que pueden surgir entre el comitente y el comisionista, la distribución de los riesgos en el contrato de comisión, y el establecimiento de una posible comisión de garantía personal a modo de pluscomisión (en virtud de la cual el comisionista se obligue frente al comitente, contra el pago de una pluscomisión, a la realización de la prestación comprometida por tercero, por el contrato para cuya celebración se solicitó la colaboración del comisionista), puede verse PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO, *El contrato de comisión...*, cit.

⁶¹ BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., p. 113.

pooler para proceder a la ejecución de un cobro o pago solo surge cuando recibe una orden singular de la participante. Es decir, en este caso, el contrato de mandato mercantil se extiende a un conjunto de actos u ordenes individuales. En otras palabras, no hay actividad sino actos singulares, pues cada cobro o pago va precedido de una orden⁶².

Por otra parte, si bien es cierto que de acuerdo con el contrato de mandato o comisión mercantil, el mandatario suele actuar sobre la base de una provisión de fondos⁶³, en el ámbito de nuestro supuesto de hecho, esta provisión no parece tener lugar. Lo habitual en este tipo de contratos es que las partes acuerden que

⁶² En referencia a la instrucción del comitente al comisionista para realizar el acto de comercio en concreto, es importante tener presente que el acto singular ha de ajustarse a los límites y contenido fijados en el contrato de comisión acordado entre las partes. Así, GARRIDO, JOSÉ MARÍA, *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., pp. 69 y 70 establece que: “El límite más importante del poder de emitir instrucciones lo constituye el contenido contractual. Difícilmente puede aceptarse que el comitente tuviera la posibilidad de obligar al comisionista, por medio del uso del poder de emitir instrucciones, a hacer algo distinto de aquello para lo que el comisionista prestó su consentimiento. Por ello, las instrucciones no pueden sino especificar la obligación del mandatario en mayor medida de lo que lo haya hecho el contrato, y jamás pueden extender el ámbito fijado por el contrato. (...) Una instrucción que exceda el marco contractual no puede vincular al mandatario, ya que carece del necesario fundamento. Si el mandatario, a pesar de todo, decide seguirla, podemos afirmar que lo que se ha producido es una novación de la obligación o la realización de un nuevo contrato: la instrucción en este caso sería una oferta y la conducta posterior del mandatario el signo concluyente de la aceptación de esa oferta. En conclusión, el poder de emitir instrucciones está sujeto a los límites trazados por el marco contractual”; LUENGO GARCÍA, RAMÓN, “El contrato de comisión”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO (Dir.)/ CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES (Coord.)/ DEL BARRIO PÉREZ, ÁNGELA (Coord.), *Contratos Mercantiles*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 583, que dispone que las instrucciones que se dictan con el objetivo de realizar esos actos u operaciones de comercio: “son actos unilaterales de eficacia declarativa cuya función es especificar el contenido de la obligación asumida por el comisionista. Por una lado, precisan el contenido del interés existente en la comisión; por otro, carecen de fuerza vinculante autónoma, finalmente, son declaraciones receptivas que especifican el encargo que se contiene en el contrato”.

⁶³ Véase: VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., p. 1629; VICENT CHULIÁ, EDUARDO/ BELTRAN ALANDETE, TERESA, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, ed. J.M. Bosch, 2003; MARTINEZ SANZ, FERNANDO/ BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de Derecho mercantil*, Vol. II, ed. 13, 2016; LÓPEZ SANZ, SALVADOR, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., p. 424.

sea la *pooler* la que suministre los fondos necesarios para la ejecución del servicio de pagos y cobros. En este sentido, aunque como norma general el comisionista ha de venir provisto de los fondos necesarios para el desempeño de la comisión, se ha observado en la doctrina y en la práctica comercial que el comisionista puede también anticipar los medios necesarios para la ejecución de la orden, convirtiéndose en acreedor al reembolso de las sumas anticipadas. En definitiva, las partes pueden adaptar las normas del mandato al propio supuesto de hecho que analizamos, de manera que el comisionista (o sea, la matriz) anticipe los medios necesarios para ejecutar la comisión (es decir, las órdenes de cobros y pagos)^{64 y 65}.

3. Compensación progresiva de los créditos en el contexto de una relación jurídica bilateral. El contrato de comisión mercantil con pacto de cuenta corriente.

Como hemos visto, en la cuenta centralizadora se produce una compensación progresiva de todas las posiciones acreedoras y deudoras que nacen entre las partes como resultado de los pagos y cobros realizados por la *pooler*. Desde este punto de vista, nos parece que el mecanismo jurídico que une a las sociedades

⁶⁴ VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, cit., p. 1629: “El comitente debe hacer provisión de fondos, no como una obligación exigible por el comisionista (a diferencia del art. 1728 Cc. en el mandato), sino como una carga, sin la cual el comisionista no está obligado a cumplir su obligación (art. 250), salvo pacto de anticipación de fondos (art. 251)”; LUENGO GARCÍA, RAMÓN, “El contrato de comisión”, cit., p. 585, donde dispone que el comitente: “Con carácter previo al comienzo del desempeño de la comisión ha de hacer provisión de fondos (dinero, mercancías, efectos, según los casos) asimismo, reponerla cuando se hayan invertido los fondos suministrados (art. 250 Ccom.). Ahora bien, no reviste el carácter de una genuina obligación, sino como una carga, sin cuyo cumplimiento no puede exigir al comisionista que la lleve a cabo, salvo que se haya pactado que éste anticipe los fondos, en cuyo caso tiene derecho a cobrar el interés y una comisión más elevada (art. 251 Ccom) (SSTS 24 octubre 2006 RJ 2006, 6517)”; LÓPEZ SANZ, SALVADOR, *Curso de Derecho Mercantil*, editorial Bello, Valencia, 1991, p. 422.

⁶⁵ A esta misma conclusión se ha llegado en la doctrina italiana: DACCÒ ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 156 y 157.

participantes y a la sociedad *pooler* no difiere del utilizado en el sistema de *cash pooling* y a tal efecto, entendemos que al contrato de comisión mercantil podría incorporársele un pacto de cuenta corriente que prevea la liquidación por compensación de las relaciones jurídicas recíprocas de acuerdo con los caracteres que se pacten. Según se ha podido comprobar en la práctica jurídica, lo habitual es que se acuerde la liquidación por compensación a tiempo real. De esta forma, la sociedad *pooler* nada más recibir la orden de cobro o pago, realiza un cargo o abono en las respectivas cuentas de las participantes, dándose lugar así a la extinción de las obligaciones recíprocas que tengan entre sí.

Una vez aclarada esta cuestión, resulta interesante indicar que ha sido y sigue siendo un asunto muy controvertido en nuestra doctrina y jurisprudencia la cuestión de si el instrumento de la compensación, además de operar sobre obligaciones cruzadas y con distinto origen, puede también hacerlo sobre la base de obligaciones que tengan un origen o causa común, es decir, sobre obligaciones que deriven de un contrato bilateral⁶⁶. Debe recordarse una doctrina reconocida⁶⁷

⁶⁶ El Tribunal Supremo no se pronuncia con claridad en este asunto. Una sentencia ejemplificativa es la STS, Sala de lo civil (sección 1ª), Roj. núm. 1357/1983, de 7 de junio de 1983, en la que establece por una parte que: “(...) *que una persona debe en virtud de un determinado título y que, por la existencia de otro título diferente de aquél en que aparece como obligada, sea a su vez acreedora, en igual o diversa cantidad, de su deudor, de tal suerte que debe existir para que de compensación se hable propiamente, una dualidad, al menos de títulos y créditos recíprocos (...)*”, y por otro lado añade: “(...) *no ha de exigirse que además de ellas las dos obligaciones cruzadas tengan un común origen*”, lo cual nos conduce a pensar que el origen común no impide la compensación”; La doctrina no es unánime en este asunto: ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS y SANTOS BRIZ, JAIME, *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, tomo IV, ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 359: “*No hay compensación – o no se opera – cuando los abonos y adeudos fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones recíprocas*”; Para una información completa de la evolución doctrinal y jurisprudencial sobre el tema, ver: RODRÍGUEZ-PALERMO SEUMA, “*Deudas nacidas de la misma relación jurídica: ¿compensación o excepción de contrato no cumplido?*”, Diario La Ley, núm. 8277, Sección Doctrina, 2014.

⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, tomo II, sexta edición, Aranzadi, 2008, [versión digital], que al comentar la SSTS de 8 de noviembre de 1911 y 7 de julio de 1983, señala que debe admitirse tanto la compensación de deudas procedentes de una misma relación como la de las derivadas de relaciones diversas, manifestando que la primera posibilidad no puede negarse con

que ha señalado que la compensación de deudas procedentes de una misma relación no puede negarse con carácter general, sino que ha de atender al modo en que en cada caso concreto las partes hayan construido el sinalagma. En nuestro supuesto de hecho puede observarse que a pesar de que las obligaciones a compensar proceden de la misma causa (el contrato de comisión mercantil), el saldo que resulta se transfiere a dos o más patrimonios diferentes, por tanto, no parece haber motivo para considerar que no puedan compensarse, de la misma forma que se compensan las obligaciones que derivan de fuentes distintas⁶⁸.

4. El *netting* multilateral como otra opción para liquidar las obligaciones entre las partes.

Como alternativa a la liquidación por compensación por apunte contable a tiempo real, se ha señalado en la doctrina italiana que las diversas obligaciones entre las partes también podrían liquidarse mediante la celebración de un contrato de *netting* multilateral⁶⁹, en base al cual la sociedad *pooler* procedería al cálculo de las posiciones netas, acreedoras o deudoras, que cada empresa participante tuviera frente a todas las demás para luego proceder a su liquidación mediante abono o cargo en la cuenta corriente de cada participante. Se ha detectado asimismo que de acuerdo con el Derecho italiano, el principal problema que plantea la aplicación de la compensación al *netting* multilateral es precisamente la pluralidad de sujetos participantes en el procedimiento, entre los cuales, en la mayoría de los casos, no

carácter general, sino que debe atenderse al modo en que en cada caso concreto las partes hayan construido el sinalagma.

⁶⁸ En este sentido se ha pronunciado también DACCÒ ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., p. 160, citando a otro autor, P. PERLINGIERI: *"l'identità o la diversità della fonte, in sé per sé, è fatto irrilevante ai fini della compensazione. Se due obbligazioni hanno, ad esempio, la loro fonte in un testamento e i crediti in seguito ad ulteriori trasferimenti sono acquisiti in due distinti patrimoni, non v'è ragione perché non si debbano considerare compensabili; allo stesso modo in cui si devono considerare compensabili quei crediti reciproci sorti da due fonti distinte"*.

⁶⁹ DACCÒ ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 170 y ss.

existe reciprocidad de créditos⁷⁰. Este es un inconveniente que surge también en el Derecho español, pues el artículo 1196.1 del código civil dispone que para que proceda la compensación, es preciso que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro⁷¹. Desde este punto de vista, señala la citada doctrina que la compensación legal únicamente podría tener lugar en el ámbito de un *netting* bilateral⁷².

IV. Elementos subjetivos, objetivos y formales.

1. Elementos subjetivos.

De la descripción general del contrato de *cash pooling* puede deducirse que tiene una estructura compleja articulada sobre un entramado de relaciones bilaterales en las que se insertan las diversas obligaciones que asumen los elementos subjetivos participantes en el contrato. En este sentido, se distinguen dos relaciones principales cuyo contenido analizaremos a continuación: una relación

⁷⁰ DACCÒ ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 174: “la reciprocità rappresenti un requisito essenziale ai fini della identificazione della fattispecie descritta negli artt. 1241 ss. cc., cui la volontà delle parti non può supplire senza dar luogo ad un diverso negozio giuridico (...)”.

⁷¹ VALBUENA GUTIÉRREZ, JOSÉ ANTONIO, “Artículo 1.196”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, ed. Elcano, 2001, pp. 1414 y 1415: “El artículo 1.196 recoge los requisitos para que tenga lugar la compensación –legal–, consistiendo el primero de ellos en que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. Se exige, por tanto, por un lado, reciprocidad, lo que significa, según ALBADALEJO (...), que, simultáneamente, dos personas sean acreedoras y deudoras, la una de la otra, sin importar ni la fuente de que las obligaciones procedan (SSTS 11 abril 1985 [RJ 1985, 1691]) ni que sean o no contemporáneas (STS 27 junio 1995 [RJ 1995, 5122], STS 24 marzo 2000 [RJ 2000, 2486]), y sin ser necesario que se basen en un contrato bilateral o recíproco (STS 7 junio 1983 [RJ 1983, 7000]). Y que, por otro lado, estén obligados principalmente (y por derecho propio, art. 1195), lo que impide que la compensación opere cuando en alguna de las obligaciones exista entre los interesados un intermediario, que hace que la relación entre ellos no sea inmediata (LÓPEZ VILAS)”. SANTOS BRIZ, JAIME, “Artículo 1.196”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 466-469; DÍEZ-PICAZO, LUIS/ GULLÓN, ANTONIO, *Sistemas de derecho civil*, cit., pp. 178 y 179.

⁷² DACCÒ ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 175.

bilateral que une a cada sociedad participante con la sociedad *pooler*, y otra que concreta la relación de todas las sociedades participantes y de la sociedad *pooler* con el Banco. Por tanto, los elementos subjetivos que necesariamente han de aparecer en todo contrato de *cash pooling* son la entidad bancaria, la sociedad *pooler* y las sociedades participantes.

La entidad bancaria es el sujeto encargado de proporcionar a la sociedad *pooler* la cuenta centralizadora en la que tendrá lugar la operativa de barridos de liquidez y compensación de saldos anteriormente referida. Por su parte, la sociedad *pooler* es el sujeto titular de la cuenta bancaria centralizadora y el encargado de gestionar los saldos consolidados en la misma, con la finalidad principal de optimizar la tesorería global del grupo. Aunque generalmente dicha función es asumida por la sociedad matriz del grupo, no hay inconveniente para que la desarrolle otro sujeto, bien ya perteneciente al grupo, o bien introducido en él con el único propósito de que se ocupe de la tarea de gestión. Y por último, las sociedades participantes son las empresas filiales del grupo que por decisión del consejo de administración, se adhieren al contrato de *cash pooling*.

2. La actividad desarrollada por la sociedad *pooler* no es asimilable a la actividad natural de un establecimiento de crédito.

En el ámbito de nuestro supuesto de hecho, la sociedad *pooler* desempeña muchas actividades comunes de los establecimientos de créditos, como puede ser la concesión de financiación, la recaudación de fondos, o la prestación de servicios de cobro y pagos a las empresas del grupo. En este sentido, parece adecuado reflexionar acerca de si el ejercicio de alguna de las referidas actividades por parte de la sociedad *pooler* es configurable bien como una actividad bancaria, o bien como la propia de un establecimiento financiero de crédito.

Por un lado, hemos de señalar que una de las actividades principales de los establecimientos de crédito consiste en la captación de fondos reembolsables del público. De este modo, el legislador ha entendido que no tienen la consideración de fondos reembolsables del público aquellos que se entregan entre entidades que

pertenecen a un mismo grupo de empresas⁷³. El contenido de esta disposición permite concluir que la reunión de fondos por la sociedad *pooler* a través de las empresas del grupo no da lugar a una actividad de captación de fondos reembolsables del público y en este sentido, no es configurable como una actividad bancaria o propia de un establecimiento financiero de crédito.

Por otro lado, como ya sabemos, la sociedad *pooler*, en calidad de comisionista y delegada de pago, puede prestar a las sociedades del grupo un servicio de cobro y pago a los proveedores de las mismas. Esta función es funcionalmente asimilable al servicio de caja (es decir, contrato de mandato) que presta el Banco. Si bien, como ya comprobamos cuando examinamos la naturaleza jurídica de este contrato, a diferencia de lo que ocurre en la actividad bancaria, en nuestro supuesto de hecho, la sociedad *pooler* no desempeña el mandato sobre la base de una provisión de fondos, sino que es ella quien anticipa los medios, convirtiéndose en acreedor al reembolso de las sumas aportadas. Este principio nos permite descartar la equiparación de la actividad realizada por la sociedad *pooler* con una actividad bancaria.

También en el contexto de una prestación de cobros y pagos a terceros por parte de la sociedad *pooler* en nombre de las empresas del grupo, conviene recordar en

⁷³ En el ámbito de los Establecimientos Financieros de Crédito (EFC), se ha señalado en el artículo 5.2.b) del Proyecto de Real Decreto sobre régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito que: “no tendrán la consideración de fondos reembolsables del público: b) La entrega de fondos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo, de acuerdo con la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio”. También se ha considerado así por otros ordenamientos europeos como, entre otros, el italiano (artículo 11 del Testo Unico Bancario (T.U.): “(...) non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico quella effettuata presso specifiche categorie individuate in ragione di rapporti societari o di lavoro”), o el inglés (sec. 5 del Banking Act de 1987: «“(...) in this Act «deposit» does not include (...) a sum which is paid by one company to another at a time when one is a subsidiary of the other or both are subsidiaries of another company or the same individual is a majority or principal shareholder controller of both of them”); Para un mayor detalle sobre el rechazo de la configuración de la actividad de recaudación realizada por la sociedad *pooler* como una actividad bancaria, desde la óptica del derecho italiano, ver: DACCÒ, ALESSANDRA, *L’accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 64 y ss.

particular que la sociedad *pooler* cuando realiza una transferencia de pago a un tercero, la anota en la cuenta corriente de cada una de las sociedades participantes, convirtiéndose éstas en “cuentas por cobrar” de la sociedad *pooler*. Dicho esto, queremos hacer referencia a una reflexión introducida en la doctrina italiana que plantea si la utilización de tales cuentas por parte de las sociedades participantes para realizar pagos intragrupo podría constituir una monetización de los pasivos emitidos por la sociedad *pooler*⁷⁴. Puede comprobarse que ésta es una actividad que técnica y descriptiblemente puede compararse con la actividad de monetización que con carácter exclusivo está reservada a las entidades bancarias y no a otros entes. Esta exclusividad se debe precisamente al hecho de querer evitar la instauración de canales de creación de moneda no sujetos a los controles del Banco Central. Conviene indicar, no obstante, que el Derecho comunitario, mediante la Directiva de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el Mercado interior, ha reconocido que la emisión de instrumentos de pago en el interior de un grupo de sociedades no puede considerarse propiamente un “servicio de pago”. En este sentido, la recaudación de fondos, así como la emisión o gestión de instrumentos de pago en el interior de un grupo está exenta de prohibición⁷⁵. Indica la doctrina italiana a este respecto que el grupo se considera una unidad económica y en este sentido, si la mencionada actividad se realiza en su interior, efectivamente no hay razón para apreciar riesgos⁷⁶.

⁷⁴ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 73 y ss.

⁷⁵ Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el Mercado interior establece en el párrafo /1) que: “La zona única de pagos en euros (SEPA, por sus siglas en inglés) ha facilitado la creación de factorías de pagos y factorías de cobros en el ámbito de la Unión, que permiten centralizar las operaciones de pago en un mismo grupo. A este respecto, procede disponer que las operaciones de pago entre una empresa matriz y su filial o entre filiales de la misma empresa matriz que se realicen a través de un proveedor de servicios de pago perteneciente al mismo grupo han de quedar excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva. El cobro de órdenes de pago por cuenta de un grupo empresarial por parte de la empresa matriz o de una filial para su transmisión a un proveedor de servicios de pago no debe considerarse un servicio de pago a efectos de la presente Directiva”.

⁷⁶ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 78: “L'ordinamento permette, quindi, che nei gruppi di società venga svolta una attività di

En efecto, en nuestro caso, la disponibilidad por las sociedades participantes de las cuentas por cobrar de la sociedad *pooler* para realizar pagos intragrupo no trasciende a terceros. En este sentido, la referida doctrina destaca que estos pagos se realizan con una “moneda de grupo” aceptada como medio de pago únicamente por sus miembros⁷⁷. Además advierte, por las dudas que pudieran surgir, que los pagos que la misma sociedad *pooler* realiza a terceros en nombre de las sociedades participantes siempre dependen del sistema bancario, es decir, la sociedad *pooler* se limita a enviar órdenes de pago al banco a favor de terceros en nombre de las empresas del grupo, y en este sentido, no es posible admitir una monetización de las cuentas de pasivo, porque los terceros no lo han aceptado como un medio de pago⁷⁸. En definitiva, también desde este punto de vista puede negarse la asimilación de la actividad realizada por la sociedad *pooler* con una actividad bancaria.

3. Elementos formales.

Tal y como ya quedó abordado cuando analizamos los caracteres del contrato de *cash pooling*, éste es un contrato atípico y como tal, no requiere en sí mismo de una formalidad determinada, por lo que le es aplicable la libertad de forma que el artículo 51 del Código de Comercio prevé para la generalidad de los contratos mercantiles⁷⁹. Es evidente, no obstante, que el entramado de relaciones y

raccolta di fondi a vista, nonché una attività di raccolta di fondi collegata all’emissione o alla gestione di mezzi di pagamento. La principale ragione che viene additata a motivazione della suddetta esenzione consiste nel fatto che il gruppo è considerato come una singola unità economica e che, quindi, nel caso tali attività vengano esercitate nell’ambito dello stesso, non si determinano quei rischi sistemici che inducono, come si è visto, il legislatore a prevedere i citati divieti”.

⁷⁷ DACCÒ, ALESSANDRA, *L’accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., pp. 80 y 81.

⁷⁸ DACCÒ, ALESSANDRA, *L’accentramento della tesoreria nei gruppo di società*, cit., p. 80.

⁷⁹ Artículo 51 del Código de Comercio: “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste

obligaciones que lo componen y el número de sujetos que participan, lleven irremediablemente a su formulación por escrito.

Por otra parte, se ha anotado correctamente en nuestra doctrina que todas las sociedades participantes han de cumplir con el contenido de la Memoria a los efectos del artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital, y más concretamente, en términos de transparencia y publicidad, han de informar de su adhesión a un sistema de *cash pooling*⁸⁰.

V. Contenido.

En un contrato de *cash pooling* se detectan dos relaciones principales: (i) una que une a la sociedad *pooler* y a todas las sociedades participantes con el banco, y (ii) otra que une a cada sociedad participante con la sociedad *pooler*.

La primera relación se concreta en la práctica como un contrato de cuentas centralizadoras, caracterizado por ser un contrato de adhesión. En este contrato se delimita al sujeto titular de la cuenta centralizadora (cliente centralizador o sociedad *pooler*) y al resto de los sujetos participantes en el sistema de

su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos (...)"; SALA REIXACHS, ALBERTO (Dir.)/ BALDÓ DEL CASTAÑO, VICENTE (Coord.)/ RUEDA MARTÍNEZ, JOSÉ ALEJO (Coord.), *Comentarios al Código de Comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2002; GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios a Código de Comercio*, tomo I, Valladolid, 1930, pp. 290-302.

MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil*, cit., pp. 43 y 44: "La forma del contrato hace referencia al modo en que se manifiesta o declara la voluntad de las partes y, por ende, en que se perfecciona el contrato. Aunque, en sentido estricto, todos los contratos presuponen una forma (verbal o escrita o, en ocasiones, por medio de *facta concludentia*), cuando se habla de la forma del contrato, se está haciendo referencia al hecho de si el ordenamiento positivo exige o no que para su perfección se declare la voluntad de las partes por medio de una forma determinada, o si, por el contrario, pueden éstas elegirla libremente. Pues bien, en Derecho mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma (art. 51 C. de c.), a menos que para contratos determinados el Código o las leyes especiales requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia (art. 52 C. de c.)".

⁸⁰ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, "El contrato de cash pooling", cit., p. 244.

centralización (clientes periféricos o sociedades participantes); se especifican también las cuentas que intervienen en el sistema de *cash pooling*, esto es, la cuenta centralizadora principal y las cuentas periféricas centralizadas abiertas en el mismo banco, cuyos movimientos contables diarios son objeto de centralización. Cada una de estas cuentas se rige por las estipulaciones contenidas en el contrato en cuenta corriente (o pacto de cuenta corriente) firmado por cada titular con el banco, en el que se detalla su operativa.

En este sentido, la principal obligación que asume el banco en el contrato de *cash pooling* es la de contabilizar al “Debe” y al “Haber” todos los movimientos que se originen tanto en la cuenta centralizadora principal como en el resto de cuentas periféricas, y proceder al traspaso de los movimientos contabilizados en cada una de las cuentas periféricas hacia la cuenta principal. En las cuentas periféricas el banco agrupará los movimientos existentes por fecha valor, contabilizando en estas cuentas un apunte por el importe total de cada agrupación de valor pero con signo contrario con la finalidad de dejar el saldo de la cuenta a cero, y anotará asimismo en la cuenta centralizadora cada uno de los movimientos contabilizados en las cuentas periféricas, en la misma fecha y con el saldo valor correspondiente. El Banco tendrá derecho a recibir una comisión, denominada de “infraestructura” (utilización de la red), a efectos de proporcionar la cuenta operativa centralizadora.

Es importante recordar que en las operaciones de préstamo realizadas entre las sociedades participantes y la sociedad *pooler* como consecuencia de los traspasos de saldos descritos, el banco no actúa como parte en dichas operaciones, sino solo como mandatario de las sociedades participantes (clientes periféricos) para la ejecución de los barridos de fondos, mantenimiento de las cuentas y elaboración de informe de liquidación. En este sentido, es importante que expresamente se indique en este contrato de cuentas centralizadoras que por razón de estos préstamos, el banco no representa ni se responsabiliza de aquellos ante terceros, ni ante las autoridades fiscales ni monetarias. El banco solamente intervendrá como parte en las liquidaciones y pagos de intereses que se efectúen con la sociedad *pooler* (cliente centralizador).

De la operativa llevada a cabo por el banco se deduce por un lado, la obligación de la sociedad *pooler* (titular de la cuenta centralizadora) de formular instrucciones al banco para proceder de acuerdo con éstas a la financiación y a la simplificación de las relaciones entre las empresas participantes y por otro lado, la obligación de las sociedades participantes (clientes periféricos) de dar su conformidad para que diariamente se efectúen desde sus respectivas cuentas los barridos de liquidez anteriormente descritos (mediante un contrato de comisión mercantil), autorizando además expresamente y sin ningún tipo de restricción las compensaciones de tales movimientos. En el contrato de cuentas centralizadoras es habitual que se señale también la responsabilidad solidaria por las deudas y obligaciones que se produzcan a cargo de todas y cada una de las cuentas que intervienen en el sistema de *cash pooling*.

También en este contrato ha de hacerse una referencia al devengo, liquidación y cálculo de intereses. Y por último ha de indicarse la duración del contrato de cuentas centralizadoras, que por lo general será indefinido.

En cuanto a la segunda relación, la que une a cada sociedad participante con la sociedad *pooler*, ha de indicarse el compromiso de las partes de celebrar aquellos contratos que se consideren pertinentes para lograr el adecuado funcionamiento del sistema de gestión. Asimismo ha de delimitarse el mecanismo jurídico por el que se procederá a realizar la financiación y la liquidación por compensación de las obligaciones que surjan entre las partes, que de acuerdo con el examen anteriormente realizado, puede identificarse con un contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente. Se ha de definir igualmente en este contrato la periodicidad, normalmente diaria, con que se realizarán los traspasos de fondos, y el carácter automático y progresivo de la compensación de los saldos. Esta primera relación ha de contener también las condiciones en que tanto la sociedad *pooler* como las sociedades participantes deberán restituir los fondos recibidos. A cada restitución de liquidez se le añadirán los intereses activos o pasivos devengados por las transferencias anotadas en la cuenta centralizadora. En el contrato habrá de indicarse además la duración del contrato, normalmente

indefinida, así como las causas de terminación y el derecho de desistimiento unilateral.

También, de manera más concreta, habrá de especificarse por una parte la obligación de la sociedad *pooler* de proceder a la gestión y optimización de la tesorería centralizada. Más concretamente, se deberán disponer las siguientes obligaciones a cargo de la sociedad *pooler*: definir la operativa financiera del grupo, en aras de una óptima distribución de los recursos financieros entre las filiales; definir el marco estratégico del grupo, aprobando planes de negocios y presupuestos tanto para cada sociedad en particular como para el grupo en su conjunto; así como valorar la posible inversión de los picos de tesorería surgidos.

Cada sociedad participante tiene la obligación de celebrar un contrato de mandato con el mismo banco en el que se ha procedido a la apertura de la cuenta centralizadora para que transfiera los saldos a la sociedad *pooler* con la periodicidad pactada. Finalmente, las sociedades participantes asumen la obligación de informar regularmente a la sociedad *pooler* sobre su situación financiera para que aquella pueda realizar un ejercicio óptimo de previsión o planificación financiera. En este sentido habrán de informarle sobre sus ingresos, los créditos o deudas que tengan con clientes, así como también sobre sus necesidades financieras.

Capítulo II. Aspectos de Derecho Societario (1).

Cuestiones relativas a los grupos de sociedades, y a las competencias de gestión y deliberación para la celebración del contrato de cash pooling.

SUMARIO: **I. Planteamiento.** **II. Consideraciones generales sobre el grupo de sociedades.** 1. Noción del grupo de sociedades. 2. Significado y función económica. 3. La realidad empírica de los grupos de sociedades, los problemas de coordinación con el Derecho positivo, y la sistematización de un Derecho de grupos. 4. El modelo de la organización y el modelo de la protección. 5. Tipología general de los grupos de sociedades. **III. Delimitación de nuestro supuesto de hecho.** 1. La centralización funcional en los grupos de sociedades. Aspectos generales. 2. La centralización de la función de la tesorería. Significado económico. 2.1. El alcance de la centralización de la función de la tesorería en el concreto ámbito de un contrato de *cash pooling*. 2.2. Los beneficios que ofrece la centralización de la tesorería en los grupos de sociedades. **IV. El Derecho de sociedades vs. los grupos de sociedades. Órganos sociales vacíos de contenido en el contexto de los grupos de sociedades verticales.** **V. La conformidad del contrato de *cash pooling* al interés social de las sociedades filiales.** 1. Consideraciones previas. 2. Reflexión en torno al concepto de interés del grupo: contenido y límites. 3. Mecanismos de protección en consecución de un interés de grupo instrumental. 4. Las ventajas compensatorias. 4.1. Defensa de un sistema compensatorio cuantitativo en lugar de uno cualitativo. 4.2. El falso obstáculo a la aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias. 4.3. Las ventajas compensatorias en el Derecho proyectado español. 4.4. La doctrina de las ventajas compensatorias y la sentencia 695/2015 de 11 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo. 4.5. El sistema compensatorio en el Derecho comparado. 5. La dirección unitaria, las instrucciones vinculantes y los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades dependientes. 5.1. Los flujos de información en el contrato de *cash pooling*. a) Flujo de información de los administradores de la sociedad matriz o *pooler* a los administradores de las sociedades filiales, y el derecho- deber de información de los administradores de las sociedades filiales. b) Flujo de información de los administradores de las sociedades filiales a los administradores de la sociedad matriz o *pooler*. c) El derecho de los socios minoritarios a recibir información adecuada de los administradores de la sociedad filial sobre el contrato de *cash pooling* celebrado. Referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2014. **VII. Cuestiones relativas a la decisión de celebrar un contrato de *cash pooling*.** 1. Órgano competente para deliberar acerca de

la celebración de un contrato de *cash pooling*. Debate: Junta general o Consejo de administración. 1.1. La sustitución de la regla de la propiedad por una regla de responsabilidad como solución a los eventuales costes estratégicos que genera la regla de la abstención. 2. Delegación de la función de tesorería por el órgano de administración de la sociedad filial a la sociedad *pooler*. **VIII. La celebración de un contrato de *cash pooling* no produce una modificación sustancial del objeto social ni un derecho de separación del socio disidente. IX. No existe una influencia dominante de la sociedad *pooler* sobre las sociedades filiales, pero sí una dependencia económica de éstas últimas a la sociedad *pooler*.**

I. Planteamiento.

El contrato de *cash pooling* suele implementarse en los grupos de sociedades. Es más, el referido sistema puede entenderse como una forma de racionalización eficiente de la función de la tesorería en el ámbito de un grupo, debido principalmente a las economías de escala que suele determinar su centralización. A fin de verificar las características que presenta la centralización de la gestión de la tesorería en los grupos de sociedades, resulta aconsejable realizar determinadas consideraciones en torno a la figura del grupo, pero sobre todo, resulta esencial efectuar una reconstrucción de los criterios que tradicional y generalmente vienen utilizándose para explicar y regir su funcionamiento.

II. Consideraciones generales sobre el grupo de sociedades.

1. Noción del grupo de sociedades.

En Derecho español carecemos de un concepto unívoco de grupo de sociedades que abarque o resulte aplicable a todas las disciplinas jurídicas. Pese a ello, las referencias al mismo en diferentes sectores del ordenamiento jurídico (mercado de valores, contable, fiscal, competencia, etc.) demuestran que el modelo de organización se halla expresamente reconocido en nuestro Derecho.

Existe una variedad de formulaciones legales y doctrinales en torno a la noción de grupo. Para algunos autores, con los que nos mostramos identificados, el grupo de sociedades se define como la agrupación de dos o más sociedades jurídicamente independientes entre sí que se encuentran sometidas a una dirección económica unitaria⁸¹. Es paradigmático en este sentido el artículo 78.1 de la Ley de

⁸¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, cit., p. 229, define el grupo de sociedades como “la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria. Los elementos básicos de esta definición son dos. El primero viene dado por la independencia jurídica de las sociedades que forman el grupo. Las sociedades agrupadas mantienen, en efecto, su autonomía jurídica tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito organizativo. El segundo elemento –el verdaderamente decisivo– consiste en la unidad de la dirección económica de las sociedades agrupadas. Sólo cabe hablar de grupo, en efecto, cuando la diversidad de sus miembros está efectivamente sujeta a la unidad de dirección, de tal modo que, en realidad, existe una estrategia general del conjunto fijada por el núcleo dirigente que articula la actividad de todas las sociedades”. Para más detalle sobre los elementos que configuran el grupo de sociedades, pueden verse más obras del mismo autor: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019, y “¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN (Dir.)/ COHEN BENCHETRIT, AMANDA (Dir.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Civitas, Pamplona, 2007, pp. 61-78; BALLESTEROS BARROS, ÁNGEL MARÍA, La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2018, pp. 47 y 48; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, editorial Comares, Mercatura, Colección Estudios de Derecho Mercantil, Granada, 2003, p. 13; GIRARDO PERANDONES, PABLO, *La empresa del grupo y el derecho de sociedades*, editorial Comares, Granada, 2001, p. 143; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARIA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson-Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2009, pp. 81 y 82; DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO F., “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 5, Nueva York: McGraw-Hill, 2002, pp. 5310-5311; LÓPEZ EXPÓSITO, ANTONIO J., “Aspecto societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, en LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*, Wolters Kluwer, Hospitalet del Llobregat, Barcelona, 2017, pp. 99 y 100: “La dirección económica unitaria ejercida por un sujeto de acuerdo a una estrategia o interés común a todos los miembros del grupo de sociedades es el elemento esencial de estos fenómenos organizativos y económicos que estamos analizando. En realidad, el control es un mero instrumento en la formación del grupo de sociedades, mientras que la dirección unitaria es un presupuesto indispensable y último. Así pues, la noción de dirección unitaria es el centro neurálgico de la constitución de un grupo de sociedades, y su verdadero presupuesto delimitador. Sin embargo, a pesar de la importancia

Cooperativas, que formula el concepto de grupo en torno al criterio de la unidad de decisión⁸². La dirección unitaria o unidad de decisión comporta la sujeción de las sociedades del grupo a una política empresarial común en la que se centralizan uno o más sectores de la actividad, al menos los que afectan a las decisiones financieras. En efecto, según la posición que parece imperar hoy en día en nuestra doctrina, para que una sociedad pueda ejercer la dirección unitaria resulta imprescindible que las demás sociedades participantes le cedan como mínimo las competencias financieras⁸³. La cesión, además, de otras competencias como puedan ser las propias de las áreas de compras, ventas, marketing, producción, personal, tesorería, etc., definirán el grado de centralización o descentralización del grupo⁸⁴. A la centralización de la función de la tesorería que se produce en el

capital de la dirección unitaria en el proceso de configuración del grupo, nuestra ordenamiento jurídico se ha decantado manifiestamente por el elemento del control como supuesto delimitador del grupo de sociedades”.

⁸² El artículo 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas dispone que: “Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad o cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades”; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 205 y ss., especialmente la p. 207, donde se sintetiza que: “En primer lugar (art. 78 I LCoop.), el precepto ofrece un concepto de grupo de sociedades cooperativas sobre la base de la unidad de decisión (dirección unitaria); en segundo lugar (art. 78 LL LCoop.), especifica el alcance de la unidad de decisión o, dicho de otro modo, especifica los sectores sobre los que puede recaer la dirección unitaria; en tercer lugar (art. 78 III, IV y V LCoop.), acoge la noción de grupo contractual en el ordenamiento español, puesto que supedita la integración en un grupo a la celebración de un algún tipo de acuerdo contractual entre las entidades partícipes, acuerdo que deberá de ser objeto de inscripción en el Registro de Cooperativas correspondiente; en cuarto y último lugar (art. 78 VI LCoop.), instaura el principio general de negar la extensión de la responsabilidad en el seno del grupo”.

⁸³ FERNÁNDEZ MARKAIDA, IDIOIA, *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, colección Cuadernos mercantiles, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001, pp. 150 y ss.; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., p. 230.

⁸⁴ Sobre el grado de centralización de los grupos de sociedades, véase: FERNÁNDEZ MARKAIDA, IDIOIA, *Los grupos de sociedades como...*, cit., pp. 162 y 163; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 89 y 90.

marco de un contrato de *cash pooling* nos referiremos con detalle a continuación, por el momento es suficiente aclarar que la dirección unitaria se explica como un elemento que proporciona coordinación y coherencia al grupo, convirtiéndolo en una verdadera empresa policorporativa⁸⁵.

Por su parte, para otros autores, la dirección unitaria se concibe como una mera posibilidad, constituyendo el control el único elemento que explica el grupo de sociedades. Esta parte de la doctrina apoya su posición en el artículo 42.1 del Código de Comercio⁸⁶, que define el grupo a efectos de la consolidación contable, y en otras normas que remiten a éste: el artículo 5 de la Ley de Mercado de

⁸⁵ VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, “Grupo de sociedades y conflictos de intereses”, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 280, 2011, pp. 19-43; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección...*, cit., pp. 43 y 44; PAZ-ARES CÁNDIDO, RODRIGUEZ, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., p. 230; GIRÓN TENA, JOSÉ, *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Civitas, Madrid, 1986, p. 202, aunque usa el término “superempresa”.

⁸⁶ A través de la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio, se introdujo un concepto de grupo de sociedades basado en el control. En este sentido, el artículo 42.1 del Código de Comercio establece que: *“Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”*.

Sin embargo, con anterioridad a esta reforma, el artículo 42.2. del Código de Comercio contenía un concepto de grupo formulado en torno a la unidad de decisión, disponiendo que: *“se presumirá que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta”*.

Valores⁸⁷, el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital⁸⁸ y la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal⁸⁹ que, como decimos, abandonan el criterio de la unidad de decisión y lo reemplazan por otro basado exclusivamente en el control que la sociedad dominante pueda ejercer de manera directa o indirecta sobre las sociedades dominadas⁹⁰. Se alude con ello a un concepto de grupo en el que solamente tienen cabida los grupos verticales (jerárquicos o por subordinación), es decir, aquellos en los que el elemento del control está presente, o al menos, puede estarlo; pero se deja fuera a los grupos paritarios (horizontales o

⁸⁷ La Ley 24/1988, de 28 de julio de Mercado de Valores contenía un concepto de grupo basado en la unidad de decisión que establecía que: *“A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás”*. No obstante, en la redacción actual, dada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores, se establece en el artículo 5 que: *“A los efectos de esta ley, se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio”*.

⁸⁸ El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que introduce en su artículo 18 lo siguiente: *“A los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”*.

⁸⁹ La Ley 38/2011, d 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece en la Disposición Adicional Sexta que: *“A los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio”*. Esta Disposición ha sido derogada recientemente por la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, con efectos de 1 de septiembre de 2020, y reemplazada por la Disposición adicional primera del mismo Real Decreto Legislativo.

⁹⁰ CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 190: *“Por nuestra parte, dada la clara evolución legislativa tendente a la unificación, consideramos que el artículo 42 del Código de Comercio constituye el concepto universal al que deben remitirse todas las normas que en el Ordenamiento jurídico español hacen referencia a los grupos (...) De este modo, la relación de control societario es el elemento que define al grupo de sociedades y, por tanto, determina cuándo se está en presencia del mismo, como elemento delimitador que permite predicar qué sociedades forman parte del grupo, y cuáles no, pese a que pudiera existir algún tipo de relación entre ellas. En otras palabras, el grupo se extiende hasta donde alcance la posibilidad de ejercer el control societario delimitador del mismo; más allá ya no existe grupo, aunque puedan estar presentes relaciones de intereses económicas, inversión o participación social en otras entidades con cierta vinculación”*.

por coordinación), en los que no concurre una relación de dominio o control⁹¹. Se defiende de este modo que la relación de dominio o control constituye un elemento definitorio del grupo de sociedades y que en su ausencia, podrá haber otro tipo de relaciones basadas en intereses financieros, económicos, de inversión, etc., pero no una relación propiamente de grupo⁹². Queremos dejar apuntado antes de continuar que la actual propensión legislativa a unificar y remitir las diversas normas del ordenamiento jurídico al concepto de grupo de sociedades establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio no nos parece acertada. Este precepto nace para regular la consolidación de cuentas en el escenario concreto de un grupo vertical, por lo que sería más adecuado entenderlo como una norma sectorial antes que como una con aplicación universal. En definitiva, pensamos que el concepto de

⁹¹ Así se comprueba también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véanse, entre otras sentencias, en este caso dictadas a efectos del concurso de una sociedad del grupo, las siguiente: Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª), resolución núm. 437/2018 (recurso núm. 3022/2015), Roj. núm. 2677/2018, de 11 de julio de 2018: *“La remisión de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal al art 42.1 del Código de Comercio se refiere al criterio determinante de la existencia del grupo de sociedades, esto es, el criterio del control, sea actual o potencial, directo o indirecto, establecido en tal precepto. Esta remisión permite excluir del concepto de grupo, a efectos del concurso, a los grupos paritarios, horizontales o por coordinación, que antes de la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, eran también considerados grupos societarios, a efectos del art. 42 del Código de Comercio y de las normas que se remitían a tal precepto, cuando existía una unidad de dirección. Solo entra dentro del concepto legal de grupo de sociedades los de carácter jerárquico”*; Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 588/2018 (recurso núm. 1690/2015), Roj. núm. 3615/2018, de 23 de octubre de 2018: *“Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que unificó, a los efectos de la Ley Concursal, lo que debía entenderse por grupo de sociedades mediante su remisión al art. 42.1 CCom., no hay duda de que el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras (sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 431/2018, de 10 de julio)”*.

⁹² CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, cit., p. 191: *“Pero lo que no parece posible es, con arreglo al artículo 42.1 del Código de Comercio, entender comprendido en el concepto de grupo que se configure en el mismo a los grupos horizontales o por coordinación, puesto que la dicción de la norma no exige la existencia del control sin más, sino que lo reduce a aquellos casos en que se constata la presencia de una sociedad dominante y una o más sociedades dependientes, siendo la primera la que ejerza o pueda ejercer directa o indirectamente (real o potencialmente) el control sobre las demás”*.

grupo contenido en esta norma no habría de entenderse como el común a todas las disciplinas jurídicas⁹³.

Otros autores defienden que el grupo de sociedades debería venir provisto conjuntamente por los elementos de dependencia o control y de dirección unitaria. De acuerdo con esta tesis, el dominio o control, pese a no ser suficiente para configurar la noción de grupo, sí resulta necesario para dar efectividad a la dirección unitaria⁹⁴. Esta posición se apoya en la relevancia que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado conjuntamente al control y a la dirección unitaria. Como ya hemos mencionado, el artículo 42 del Código de Comercio basa el concepto de grupo en la existencia de control, pero la actual Ley de Mercado de Valores, además de remitir en su artículo 5 al Código de Comercio en cuanto al elemento control, introduce también en el artículo 258 el concepto de unidad de decisión⁹⁵.

⁹³ En este mismo sentido se ha pronunciado PAZ-ARES CÁNDIDO, RODRIGUEZ, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., p. 231, al establecer que: *“En el fondo, pensamos que la cuestión debatida, se halla mal planteada puesto que todas las definiciones legales existentes han sido formuladas a efectos de la aplicación de un determinado sector o conjunto normativo (...) No hay por tanto, una noción legal de grupo de sociedades que cumpla una función general y, además, es lógico que no exista puesto que no existe una disciplina societaria general aplicable al grupo de sociedades”*.

⁹⁴ SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO, “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil”, núm. 77, Madrid, pp. 17-19: *“las sociedades que formen parte de un grupo han de estar en relación de subordinación [...], han de manifestarse conjuntamente los dos elementos indicados, esto es, la dominación o control sobre una o varias sociedades y su sometimiento a la dirección única”*; FERNÁNDEZ MARKAIDA, IDIOIA, *Los grupos de sociedades como...*, cit., pp. 150 y ss.

⁹⁵ El artículo 258.1 de la Ley de Mercado de Valores establece que: *“Par el cumplimiento de los niveles mínimos de recursos propios y limitaciones exigibles en virtud del Reglamento (UE) n. 575/2013, de 26 de junio de 2013, las empresas de servicios de inversión consolidarán sus estados contables con los de las demás empresas de servicios de inversión y entidades financieras que constituyan con ellas una unidad de decisión, según lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio y conforme a lo dispuesto por dicho reglamento”*.

En torno a estas concepciones, ha habido en los últimos años varios intentos de elaboración de un concepto de grupo de sociedades unívoco⁹⁶. Así, en el año 2002, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles incorporaba en el artículo 590 un concepto de grupo cuyo único elemento definitorio era el poder de dirección⁹⁷, que aparentemente comprendía tanto a los grupos verticales como a los grupos por coordinación. No obstante, se interpretó que el uso en el texto de los términos “poder de dirección”, “sociedad dominada” y “sociedad dominante” solo parecía permitir la cabida de los grupos verticales, fundados en el criterio de control. Más adelante, en el año 2013, la Propuesta de Código Mercantil establecía en el artículo 291-1 una noción de grupo de sociedades articulada también en torno al poder de dirección unitaria, pero con la diferencia respecto a la anterior Propuesta de que bajo esta dicción se distinguía expresamente a los grupos por coordinación y a los grupos por subordinación⁹⁸. Sin embargo, el elemento del control seguía teniendo una importante relevancia ya que la norma presumía *iuris tantum* el poder de dirección unitario en presencia de situaciones en las que una sociedad dominante

⁹⁶ Al respecto de tales propuestas, puede verse CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, cit., pp. 88-93.

⁹⁷ La Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aprobado por la Comisión General de Codificación-Sección de Derecho Mercantil, de 16 de mayo de 2002, establecía en el artículo 590 lo siguiente: “*existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona natural o jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto*”. Véanse en este sentido: RAMOS MUÑOZ, DAVID, “El Derecho de grupos que viene. Cuidado con lo que deseas”, en MORILLAS JARILLO, MARÍA JOSÉ (Dir.)/ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR (Dir.)/ PORFIRIO CARPIO, LEOPOLDO JOSÉ, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 840-859.

⁹⁸ La Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, en el artículo 291-1 establecía la siguiente noción de grupo: “*1. Existe grupo: a) Cuando una sociedad esté sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades estén sometidas al poder de dirección unitario de una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese poder de dirección. b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común*”. En los artículos 291-2 a 291-4 se regulaban los grupos por subordinación y en los artículos 291-5 y 291-6 se regulaban los grupos por coordinación.

ejerciera un control sobre otra sociedad dominada⁹⁹. Finalmente, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil del año 2014, también en el artículo 291-1, fue un paso más allá al entender que existe grupo tanto si entre las partes hay una relación de control como si solo hay una relación coordinada en torno a una dirección unitaria¹⁰⁰.

En definitiva, se observa que existen principalmente cuatro posiciones doctrinales contrapuestas acerca de la noción de grupo: (i) la que toma como criterio definitorio la dirección económica unitaria; (ii) la que atiende a la existencia de una relación de control; (iii) la que entiende que la noción de grupo ha de venir provista por el binomio control y dirección unitaria; (iv) y la que ofrece un concepto de grupo basado bien en una relación de control, bien en una dirección unitaria.

En nuestra opinión, el grupo de sociedades podría definirse como la agrupación organizada de varias sociedades jurídicamente independientes entre sí que se encuentran sometidas a una dirección económica común. Este elemento resulta fundamental para lograr, como ya hemos advertido, una adecuada coordinación y cohesión en el interior del grupo. Así, desde el punto de vista del Derecho positivo, el concepto de grupo que contiene el artículo 78.1 de la Ley de Cooperativas, basado en la unidad de decisión, es el que más se aproxima al que aquí proponemos. En todo caso, hemos de poner de relieve que la definición de grupo de esta norma, como la del artículo 42.1 del Código de Comercio, está destinada a regular un sector determinado, en este caso el concreto “grupo cooperativo”.

⁹⁹ Así, el artículo 291-3 establecía que: “*Salvo prueba en contrario, se presume que el poder de dirección se ejerce por quien controla a una o a varias sociedades*”.

¹⁰⁰ El artículo 291-1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil dispone que: “1. *Existe grupo: a) 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. b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas*”.

2. Significado y función económica.

Estamos siendo testigos en los últimos años de los cambios que está experimentando el panorama económico y empresarial, dados principalmente por el aumento de la competitividad entre las empresas, el desafío tecnológico, o el encarecimiento de los costos esenciales de una empresa. Todo ello ha determinado un crecimiento significativo de las empresas, que se han visto obligadas a combatir las referidas fuerzas de mercado mediante la ampliación de sus líneas de producción, la especialización de los sectores de actividad, o su expansión territorial, entre otros. En este contexto cabe ubicar a los grupos de sociedades. Su formación, bien mediante la concentración de los activos de una o más sociedades, o bien mediante la segregación de los activos de una única sociedad en otras tantas de nueva constitución, obedece al deseo principal de lograr una racionalización y organización eficiente de la actividad, más acorde con la nueva situación económica¹⁰¹.

Desde este punto de vista, en términos generales, los grupos de sociedades presentan ventajas económicas evidentes, que pueden resumirse en la diversificación del riesgo empresarial, en la capacidad de estructuración financiera, en la especialización de los sectores de actividad, en la reducción de costes de contratación, en una mayor identidad empresarial, o en la posibilidad de contribuir a una economía de escala, etc.¹⁰².

¹⁰¹ CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, cit., p. 36; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., pp. 236 y 237.

¹⁰² CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, cit., p. 37; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., pp. 236 y 237.

3. La realidad empírica de los grupos de sociedades, los problemas de coordinación con el Derecho positivo, y la sistematización de un Derecho de grupos.

A la luz de las anteriores consideraciones, es fácil advertir que el grupo de sociedades constituye en la economía moderna un modelo de organización necesario e indispensable; su realidad empírica es indiscutible. Pese a ello, lo cierto es que su funcionamiento no está exento de problemas desde el punto de vista del Derecho positivo. Téngase presente que carecemos en nuestro ordenamiento jurídico de un Derecho de grupos, con lo que la introducción de un grupo de sociedades en un entorno jurídico cuyas normas societarias han sido elaboradas en referencia a un modelo de sociedad autónoma e independiente, y con órganos sociales que actúan en el propio interés de la misma, provoca ciertos problemas de descoordinación con el Derecho de sociedades positivo, que la mayor parte de las veces resulta en una ruptura de la autonomía organizativa y patrimonial de las sociedades del grupo, y en notables deficiencias de protección que como comprobaremos a continuación, afectan sobre todo a los socios minoritarios y a los acreedores¹⁰³.

A esta problemática se unen varias dificultades más. Por un lado, es habitual en la práctica empresarial que los grupos de sociedades funcionen de facto, esto es, en ausencia de un contrato de grupo que atenúe o subsane aquellas incongruencias societarias. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia no facilitan las cosas, pues sus posturas en cuanto a la respuesta que ha de darse a la referida problemática se hallan enfrentadas entre quienes suelen manifestar que los principios que rigen el

¹⁰³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., p. 237, dispone que: “(...) *el desfase existente entre la estructura del Derecho de sociedades y la realidad organizativa y patrimonial de las sociedades que forman parte de un grupo. El Derecho de sociedades ha sido construido tradicionalmente bajo el modelo de una sociedad independiente, con una voluntad social propia formada en el seno de sus órganos y actuando en persecución de un interés social autónomo. Al introducirse el grupo en este escenario, se producen algunas distorsiones que es necesario reajustar y algunas deficiencias que es necesario suplir.*”; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit.; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Los grupos de sociedades como problema jurídico”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, 1999, p. 183.

Derecho común de sociedades pueden alterarse o modificarse en el concreto escenario de un grupo y quienes consideran que sería más oportuno buscar alternativas acordes con el Derecho positivo.

Esta variedad de posiciones ha suscitado duda entre los intérpretes. No es de extrañar, por ello, que un gran número de expertos en la materia, desconfiados en que la doctrina y la jurisprudencia alcancen una solución eficiente y con garantías suficientes, demanden asiduamente la intervención del legislador¹⁰⁴. En este reclamo ha habido varios intentos por sistematizar un Derecho de grupos. Es el caso, como ya hemos visto, de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, la Propuesta de Código Mercantil de 2013, y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. No obstante, ninguno de ellos ha llegado a materializarse como norma.

¹⁰⁴ CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, cit., pp. 39-42; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, “La Ley de Sociedades de Capital se hace camino al andar”, en el Notario del Siglo XXI, 2011, núm. 40, p. 57; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARIA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 36-45; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2012, núm. 284, p. 26; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación de los grupos de sociedades”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F., *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 381: “Parece necesario, entonces, que un Derecho de grupos a la altura de nuestro tiempo se configure, sustancialmente, de forma transtípica, lo que, aun reduciendo su extensión y su detalle, contribuirá con seguridad a comprender con mayor precisión la realidad concreta de la empresa de grupo. El papel de las categorías societarias en la construcción de esa rama del ordenamiento será, con todo, decisivo, no sólo por haber sido el germen de la misma, sino también por su progresiva influencia en la determinación del régimen jurídico de esas mismas personas jurídicas, aun carentes de base asociativa”.

En contra de una regulación del Derecho de grupos: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., p. 239: “Nuestro punto de vista es algo más optimista respecto de la labor de la doctrina y también algo más desconfiado acerca de la capacidad del legislador para regular de manera precisa y correcta cuestiones tan complejas. Pensamos, en efecto, que el Derecho de sociedades cuenta con principios y técnicas suficientes para solventar los problemas más graves. Si hasta el presente no se ha avanzado mucho en esa dirección, se debe en buena medida a la atrofia que ha sufrido la parte general del Derecho de sociedades y a la persistente elaboración de la doctrina de las sociedades de capitales de espaldas a ella”.

En el ámbito del Derecho comparado, solo algunos países como Alemania¹⁰⁵, Portugal¹⁰⁶, Brasil¹⁰⁷ y desde hace poco, también Italia¹⁰⁸, han optado por una sistematización global del Derecho de grupos. El resto de países, entre ellos España, se encuentran por el momento en la construcción de unos principios doctrinales y jurisprudenciales que puedan coordinar la figura de los grupos y el Derecho común de sociedades. Este esfuerzo se vuelve aún más evidente en los países pertenecientes al Derecho anglosajón o sistema del *common law*, es decir, el Reino Unido de Gran Bretaña y los Estados Unidos de América, en los que la jurisprudencia constituye la principal fuente del Derecho.

La Unión Europea, consciente del problema, también ha procurado establecer una legislación común de los grupos de sociedades¹⁰⁹. El intento más reciente se encuentra en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de junio de 2012 sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades, que en su apartado 9 propuso a la

¹⁰⁵ Aktiengesetz (Ley Alemana de sociedades por acciones) de 6 de septiembre de 1965, arts. 16 a 18 y 291 a 338, (BGBl., I, p. 1089), cuya última redacción se ha llevado a cabo por el artículo 1 de la Ley 31 de julio de 2009 (BGBl. I. P. 2509).

¹⁰⁶ Código das Sociedades Comerciais, aprobado por el Real Decreto-Ley n. 262/86 de 2 de septiembre, arts. 488 a 508.

¹⁰⁷ Lei das sociedades por ações (Ley de sociedades anónimas), n. 6.404 de 15 de diciembre, arts. 165 a 277.

¹⁰⁸ El título V del libro V del Codice Civile, y la Legge 3 ottobre 2001, n. 366/2001 (Ley de Reforma de sociedades), cuya actuación dio lugar a la aprobación del Decreto Legislativo de 17 gennaio 2003, n. 5, y al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6.

El art. 2.1.h) de la Legge 3 ottobre 2001, n. 366/2001 dispone lo siguiente: “1. *La riforma del sistema delle società di capitali di cui ai capi V, VI, VII, VIII e IX del titolo V del libro V del codice civile e alla normativa connessa, è ispirata ai seguenti principi generali: h) disciplinare i gruppi di società secondo principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti*”.

¹⁰⁹ Para mayor detalle sobre el tratamiento de los grupos en la Unión Europea, véase: EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, editorial Comares, Mercatura, Colección Estudios de Derecho Mercantil, Granada, 2003, especialmente el capítulo VI, titulado “La regulación de los grupos de sociedades en la Unión Europea: evolución y realidad actual”, pp. 207-243; CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupos de sociedades*, pp. 80-85.

Comisión reanudar las tareas que se iniciaron con el Proyecto de la Novena Directiva relativa a las uniones de empresas del año 1970, para armonizar el derecho de grupos de sociedades europeo y garantizar sobre todo, la protección de las filiales y partes interesadas. También se pretendió alcanzar esta solución mediante el Proyecto de Reglamento sobre el Estatuto de Sociedad Anónima Europea. No obstante, éste desembocó en el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, cuyo propósito de alcanzar un derecho unificado de grupos perdió fuerza al coexistir en él tanto normas comunitarias como nacionales. Existen otras propuestas de regulación de un Derecho de grupos contenidas en documentos oficiales pero que no se han llegado a materializar como norma. Éstas son el Informe *Winter* o el Plan de Acción para el Derecho de sociedades¹¹⁰, y el *Report of Reflection Group on the future of EU Company Law*¹¹¹.

La regulación de un Derecho de grupos constituye una labor compleja, que de lograrse podría resolver los múltiples y complejos problemas que causan los grupos de sociedades. Entretanto, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del capítulo, nuestro Derecho de sociedades dispone de mecanismos y herramientas, a nuestro parecer suficientes, para prevenir y resolver los problemas de coordinación y protección societaria a los que nos referimos, así como para sancionar las conductas derivadas del abuso de una posición dominante.

4. El modelo de la organización y el modelo de la protección.

La confrontación en la doctrina acerca de los principios que deben regir el funcionamiento de los grupos de sociedades, da paso a dos modelos de grupo

¹¹⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar, 2003.

¹¹¹ *Report of Reflection Group on the future of EU Company Law*, 5 abril 2011, Brussels. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1851654.

diferenciados: el orgánico, defendido por la doctrina de la organización, y el contractual, apoyado por la doctrina de la protección¹¹².

La doctrina de la organización persigue la creación de un Derecho especial o privilegiado de grupos que se justifica en la necesidad de legitimar un conjunto de reglas que emanan de la práctica empresarial. Esas reglas, empíricas, se presumen y se desarrollan a partir del reconocimiento legal del grupo de sociedades. En efecto, a partir de esa premisa, esta doctrina procede a legitimar la supremacía del interés de grupo con respecto al interés social de la sociedad dependiente, el poder de dirección unitaria de la sociedad dominante y el dictado de instrucciones de obligado cumplimiento, así como a presumir la inexistencia de conflictos de interés en las transacciones intragrupo, al considerarse neutralizados por la aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias. Las reglas resultan aplicables a los grupos de hecho, es decir, a los que se deduce que lo son porque siguiendo a la doctrina mayoritaria, concurre en ellos una relación basada en la dirección unitaria¹¹³.

¹¹² Para conocer ambas vertientes de ordenación jurídica de los grupos de sociedades, la orgánica y la protectora, véase de manera particular: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 17-254; véase también: CABA TENA, ANTONIO, *Concepto de grupo de sociedades*, cit., pp. 85-88; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación...”, cit., pp. 358-361.

¹¹³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., a lo largo de toda la obra se posiciona en contra de la doctrina de la organización y de manera resumida establece lo siguiente en la p. 18: “La primera –la doctrina de la organización- es agresiva o transformadora: obedece a una suerte de lógica institucional que emana de imperativos de la praxis empresarial y aboca a la creación de un derecho especial o privilegiado de sociedades para los grupos. En términos de la economía de los costes de transacción y de la teoría de los property rights podría decirse que busca desplazar las fronteras de la empresa hasta la línea perimetral del grupo sustituyendo enteramente dentro de él el contrato –el mercado- por la jerarquía”; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación...”, cit., parece haberse posicionado en un camino intermedio entre ambas corrientes, aunque más cerca de la doctrina de la organización, en las pp. 362 y 363 dispone que: “Por otro lado, la orientación organizativa, más reciente, como sabemos, se inserta también en el Derecho de sociedades, si bien a través de otros criterios. Sin entrar, eso sí, en el tratamiento singular de la figura, cuya realidad empresarial quedaría fuera de las previsiones del legislador –al margen de las cuestiones propias de la consolidación contable-, ahora el grupo aparece conectado con el amplio fenómeno del gobierno corporativo, de trascendental importancia en la realidad

Por su parte, de acuerdo con el modelo de la protección o también denominado contractual, la existencia del grupo se supedita a la celebración de un contrato entre la sociedad dominante y las sociedades dependientes. Este contrato se considera el cauce legal oportuno para proceder a la alteración o derogación de determinadas reglas de Derecho positivo común, estableciendo a modo de contraprestación, mecanismos de protección para los socios minoritarios o acreedores. En definitiva, el poder de dirección económica unitario que ejerce la sociedad dominante sobre las sociedades dependientes se regula en el contrato. Este modelo se asocia a los denominados grupos de derecho¹¹⁴.

Nótese por último que el modelo orgánico ha tenido una gran acogida entre los países europeos que no han procedido a una sistematización del Derecho de grupos. Ésta parece ser en efecto la tendencia que impera en España. Por su parte,

societaria de nuestros días. Con independencia de la imprecisión inherente a esta singular categoría conceptual, lo decisivo no es tanto el estatuto jurídico de cada sociedad ni tampoco la tutela de sus intereses, sino la articulación institucional de una figura que, como empresa plurisocietaria o policorporativa, presenta indudables dificultades a su ordenación desde el Derecho. Sobre la base de este planteamiento, puede entenderse que las cuestiones esenciales de la orientación organizativa se refieran a la administración del grupo, trasladando y adaptando a ese nivel las reglas propias del Derecho de sociedades”.

¹¹⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., a lo largo de toda la obra se posiciona a favor de la doctrina de la protección y de manera resumida establece lo siguiente en la p. 19 lo siguiente: “La segunda –la doctrina de la protección- es defensiva o conservadora: fiel a la lógica contractual del derecho común de sociedades, trata de evitar que las presiones de la práctica revienten sus costuras con menoscabo de la integridad de los derechos de los socios. No desconoce naturalmente los derechos de control asociados a la propiedad de la mayoría del capital por parte de la matriz y su función de coordinación empresarial, pero pone el acento en los deberes fiduciarios de los administradores para asegurar la autonomía organizativa y patrimonial de la filial”; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación...”, cit., pp. 358 y 359, parece posicionarse en contra de la doctrina de la protección, estableciendo a este efecto que: “Si se mira bien, esta configuración del Derecho de grupos como un ordenamiento protector reduce la entidad de la figura, como institución autónoma, y sitúa en primer plano la suerte y ventura de sus sociedades componentes; prima, entonces, con matices que no vienen al caso, la singularidad de cada sociedad, independiente desde el punto de vista jurídico y sometida en términos económicos, con un grado de dependencia variable, directamente proporcional, eso sí, al alcance del poder de dirección que se ejercite en el grupo. Por tanto, aunque no puede haber duda alguna sobre su legitimidad, así como sobre la pertinencia de defender y promover su interés, parece igualmente evidente que el planteamiento protector reduce el significado del grupo como institución jurídica”.

Alemania y los países anglosajones como Reino Unido y los Estados Unidos se han decantado por el modelo contractual o de protección.

5. Tipología general de los grupos de sociedades.

Los grupos de sociedades representan una forma de organización bastante difusa en el panorama empresarial, económico y jurídico español e internacional, debido a la alta versatilidad y flexibilidad que los caracteriza. De este modo, los grupos de sociedades pueden clasificarse en referencia a diversos criterios. La que aquí exponemos es la comúnmente empleada por la mayoría de los autores y atiende a un concepto de grupo basado en el poder de dirección económica unitaria y en la mera posibilidad de control¹¹⁵.

La primera clasificación atiende a una distinción entre los grupos de derecho y los grupos de hecho. Como hemos adelantado en el epígrafe anterior, los grupos de derecho proceden de la celebración de un contrato que expresamente regula el alcance de la dirección unitaria y el posible control. Los grupos de hecho, por su parte, operan en el tráfico económico y empresarial en ausencia de un contrato que rijan su funcionamiento; se basan, por tanto, en la concurrencia de relaciones de organización y agrupación de distinta índole.

Una segunda clasificación es la que distingue a los grupos dominicales, los grupos contractuales y los grupos personales. Los grupos dominicales se basan en el poder de dirección unitaria y en el control que la sociedad dominante ejerce sobre las sociedades dominadas, a razón de la propiedad de las participaciones sociales. Estos grupos pueden articularse de múltiples formas, por ejemplo, de manera piramidal, radial, o circular. Los grupos contractuales, de nuevo, se supeditan a la existencia de una relación contractual. Y los grupos personales son aquellos que

¹¹⁵ En cuanto a la tipología de grupos de sociedades, puede verse: CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, cit., pp. 102-109; BALLESTEROS BARROS, ÁNGEL MARÍA, *La responsabilidad de la sociedad...*, cit., pp. 38-42; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, "Uniones de empresas y grupos de sociedades", cit., pp. 233-235; LÓPEZ EXPÓSITO, ANTONIO J., "Aspecto societario-mercantiles de los grupos de sociedades", cit., pp. 89- 92.

efectivamente se basan en relaciones de identidad o comunidad entre los administradores.

Una tercera clasificación es la que se corresponde con la distinción entre los grupos de subordinación y los grupos de coordinación. Los grupos subordinados o verticales se articulan en torno a una relación jerárquica de dependencia en virtud de la cual, las sociedades dependientes quedan sujetas a la unidad de decisión y control de la sociedad dominante. Es el modelo más habitual en la práctica empresarial. Por su parte, en los grupos horizontales o por coordinación, las sociedades del grupo transfieren de manera voluntaria a otra sociedad superior determinadas competencias decisorias, ocupándose ésta última de la coordinación y gestión de las actividades de las sociedades agrupadas; a diferencia del modelo anterior, éste se caracteriza por no haber una relación de dependencia.

III. Delimitación de nuestro supuesto de hecho.

Realizadas las anteriores consideraciones, podemos proceder a examinar la estructura grupal sobre la que normalmente suele implementarse un contrato de *cash pooling*. Se trata de grupos de sociedades de tamaño y volúmenes operativos significativos que operan normalmente en el tráfico jurídico-empresarial internacional. Estos grupos se organizan por lo general mediante estructuras jerárquicas de dependencia que resultan de una relación de dominio o control accionario, y en torno a una dirección unitaria que, sirva de precedente, resulta determinante para la adecuada centralización de la función de la gestión de la tesorería que define al modelo de *cash pooling*.

1. La centralización funcional en los grupos de sociedades. Aspectos generales.

Con respecto al grado de coordinación que hay entre las sociedades del grupo, somos ya conocedores de que éste puede ser centralizado o descentralizado. Frente al grupo descentralizado, caracterizado por concurrir en él un poder de

dirección que tan solo afecta a las decisiones de carácter financiero, permitiendo a las sociedades que lo componen mantener una importante autonomía jurídica; el grupo centralizado sugiere la concentración en una entidad central, generalmente la matriz, de un amplio volumen de decisiones funcionales, lo que propicia un mayor grado de dependencia de las sociedades del grupo hacia el órgano de dirección. La centralización funcional puede comprender cualquiera de las áreas propias de la empresa, entre otras, las decisiones relativas al marketing, logística, compras, ventas, recursos humanos, tesorería, etc.

Esta centralización funcional obedece a una política financiera, operativa y estratégica que en cuanto está orientada a garantizar un comportamiento coordinado y coherente en el interior del grupo, ha de comprenderse en el ejercicio de la dirección unitaria. Asimismo, no puede dejar de mencionarse que el presente modelo de organización favorece el desarrollo de importantes economías de grupo, principalmente de escala, que a través de la optimización de los recursos del grupo, permite la obtención de sustanciales palancas de eficiencia.

2. La centralización de la función de la tesorería. Significado económico.

La presencia en el panorama empresarial y económico actual de un mercado globalizado y de determinadas fuerzas impuestas por la política monetaria, como son las constantes fluctuaciones en el tipo de cambio o la inflación de costes, unidos a la existencia en el grupo de volúmenes operativos adecuados y de un inequívoco deseo empresarial de aumentar el potencial económico, racionalizar los recursos económicos y financieros, y optimizar los excedentes de caja, han contribuido paulatinamente al establecimiento en los grupos de una unidad central dedicada en exclusiva a la gestión de la tesorería. Esta unidad opera, por tanto, como un centro de ganancias que, a diferencia del centro de costes, está destinado no solo a cubrir las necesidades financieras de las sociedades del grupo que lo requieran, sino también a generar beneficios adicionales, fundamentalmente a través de operaciones de inversión u otros negocios con contenido especulativo. Como fácilmente puede advertirse, el centro de ganancias suele encontrar mayor aplicación en los grupos de sociedades de tamaño significativo, en los que

innegablemente existe una capacidad de maniobra y especulación mayor; los grupos medianos o pequeños se decantan por lo general por la adopción de centros de costos. Nótese, por tanto, que la unidad de gestión de la tesorería configurada como un centro de ganancias es la que delimita nuestro objeto de estudio¹¹⁶.

2.1. El alcance de la centralización de la función de la tesorería en el concreto ámbito de un contrato de *cash pooling*.

Nos hemos preguntado cuál es el alcance que tiene la centralización de la función de la tesorería en el escenario particular de un *cash pooling*, es decir, qué actividades o competencias de gestión de la tesorería deben centralizarse en la sociedad *pooler* y cuáles otras deben permanecer en las sociedades filiales. De este modo, según hemos podido comprobar en la práctica empresarial y según han confirmado algunos autores¹¹⁷, las empresas participantes se reservan la facultad de preparar sus propios presupuestos y estimaciones de tesorería. Se trata de una tarea necesaria para que la sociedad *pooler* pueda, en base a esa información, identificar las necesidades financieras o los excedentes de tesorería de cada empresa, detectar las posibles sinergias financieras, y proceder a una oportuna ubicación de los recursos económicos. Estos datos nos permiten comprobar que en efecto, las sociedades participantes no ceden a la sociedad *pooler* la totalidad de las competencias de gestión de la tesorería. Es decir, la centralización de la función de

¹¹⁶ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 23 y ss.

¹¹⁷ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 31 y ss., especialmente p. 31: “*Nel modello oggetto di esame non è possibile parlare di accentramento della funzione di tesoreria complessivamente intesa, in quanto l'area relativa alla previsione resta nella competenza delle diverse unità del gruppo. Sono, infatti, le singole società competenti a predisporre i budgets di tesoreria ed i preventivi di cassa, strumenti attraverso i quali la finanziaria di gruppo può individuare i flussi di cassa in entrata e in uscita delle diverse società, nonché svolgere una corretta gestione anticipata della tesoreria. Si ritiene opportuno lasciare la pianificazione alle singole società in quanto tali attività hanno istituzionalmente bisogno di interagire con altre funzione aziendali svolte internamente nell'ambito delle singole imprese*”.

la tesorería en la sociedad *pooler* es parcial, pues las sociedades participantes conservan cierta autonomía decisoria sobre esa actividad.

2.2. Los beneficios que ofrece la centralización de la tesorería en los grupos de sociedades.

Para comprender los motivos por los que una sociedad recurre al mercado (en nuestro caso, a otra sociedad del grupo) para la realización de ciertas funciones empresariales (en nuestro caso, la función de la tesorería) en lugar de realizarlas internamente, es preciso recurrir al Teorema que un autor neoclásico, Ronald Harry Coase, presenta en su obra “La naturaleza de la empresa”, en la que analiza detalladamente los costes y los beneficios de las transacciones en dos ámbitos diferenciados: el mercado y la empresa. En efecto, para Ronald Harry Coase, la empresa y el mercado son medios alternativos de organización económica y en este sentido indica que los costes de transacción, como pueden ser los costes de información, de contratación, de control o de cumplimiento normativo, conducen al empresario a tomar la decisión de organizar el ciclo productivo en el interior de la empresa o bien hacerlo en el mercado. A este respecto, subraya el autor que el coste de organizar las sucesivas transacciones en el interior de la empresa, en ocasiones puede resultar superior al coste de perfeccionarlas en un mercado abierto y descentralizado. En este sentido teoriza lo siguiente: “una empresa tenderá a expandirse hasta que los costos que supone organizar una transacción adicional dentro de la empresa iguallen los costes que implica desempeñar esa misma función en el mercado abierto. Cuando salga más barato realizar una transacción dentro de la empresa, es recomendable. En cambio, si resulta más económico salir al mercado, no hay que intentar hacerlo de forma interna”¹¹⁸.

¹¹⁸ Las obras en las que el autor plasma este Teorema son las siguientes: HARRY RONALD, COASE, “The Nature of the Firm”, *Economica*, New Series, vol. 4, núm. 16, November 1937, pp. 386-405; HARRY RONALD COASE, *The Firm, the market, and the law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988; KAIL, NEIL M., “Coase and the contribution of ‘The Nature of the Firm’ [I am grate]”, *Managerial & Decision Economics*, Volumen 36, Iseo 1, 2015, pp. 44-54; Son numerosos los autores que han reflexionado y comentado su obra, entre otros: GUPTA-MUKHERJEE, SWASTI, “Investing in the “New Economy”: Mutual Fund

En el ámbito del contrato de *cash pooling*, la reducción de costes de transacción a través de la referida contratación de terceros, comúnmente denominado en la práctica empresarial internacional como “*outsourcing*”, es evidente¹¹⁹. Aunque de estas cuestiones nos ocuparemos más adelante, baste ahora avanzar que ello se comprueba, por ejemplo, en la reducción de los costes de información que supone la convocatoria de los órganos sociales para la adopción de decisiones financieras ordinarias, en la reducción de costes administrativos, o en la disminución de los costes de control y estratégicos.

En definitiva, las ventajas que produce la centralización de la función de la tesorería en el grupo pueden extraerse de la exposición que hacíamos en el capítulo anterior sobre la función económica y el contenido del contrato de *cash pooling*. En este sentido, detectamos los siguientes: (i) una mayor coordinación y colocación de los recursos de liquidez y financieros centralizados; (ii) un mejor control de la situación económica y financiera diaria que presenta cada una de las empresas que forman el grupo; téngase en cuenta que la sociedad matriz

Performance and the Nature of the Firm”, *Journal of Financial & Quantitative Analysis*. Volume 49, Issue 1, 2014, pp. 165-191.

¹¹⁹ Es interesante el paralelismo encontrado por la autora italiana ALESSANDRA DACCÒ entre la centralización funcional y el fenómeno del “*outsourcing*”, entendido en la práctica empresarial como un mecanismo por el cual, a través de la descentralización, un empresario cede a otro empresario externo determinadas actividades a un proceso de producción. Ver: DACCÒ, ALESSANDRA, cit., p. 13.

Sobre el fenómeno del “*outsourcing*” pueden verse, entre otros: RAMOS QUINTANA, MARGARITA I., “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, núm. 25, 2017, Wolters Kluwer, [versión digital]; HELVING GÜNTER, “El Outsourcing de Servicios Financieros”, *Diario La Ley*, núm. 6061, Sección Doctrina, 2004, [versión digital]; DESDENTADO BONETE, AURELIO, “Descentralización productiva y despido”, *Diario La Ley*, núm. 7271, Sección Columna, 2009 [versión digital]; SCHERK, JAVIER, “El outsourcing comercial: una herramienta estratégica”, *Estrategia financiera*, núm. 328, junio 2015, Wolters Kluwer España, [versión digital]; COBO RIVAS, CARMEN, “Outsourcing de transformación para mejorar los procesos de negocio”, *Estrategia Financiera*, núm. 223, diciembre 2005, Editorial Espacial Directivos, [versión digital]; ÁLVAREZ AGUIRRE, ALEJANDRO, “Estrategia para implantar el outsourcing de compras”, *Estrategia Financiera*, núm. 223, diciembre 2005, Editorial Espacial Directivos, [versión digital].

generalmente aprueba los planes de negocios y los presupuestos de las sociedades filiales; (iii) un incremento del flujo y de la calidad de información financiera entre la matriz y las filiales; (iv) la disminución del riesgo bancario al que se verán sometidas las empresas del grupo, dado que la necesidad de financiación global siempre será menor a la que tendrían cada una de las empresas de forma individual, lo que supone una mejora en sus ratios de endeudamiento financiero; (v) un incremento de la capacidad de negociación del grupo de empresas en su conjunto frente a los bancos, dado el mayor volumen de fondos manejados; (vi) una mejora para las sociedades del grupo en las condiciones de obtención de financiación de las que podrían lograr acudiendo directamente al banco; (vii) la eliminación de funciones duplicadas.

IV. El Derecho de sociedades vs. los grupos de sociedades. Órganos sociales vacíos de contenido en el contexto de los grupos de sociedades verticales.

Como ya sabemos, nuestro Derecho de sociedades ha sido regulado sobre la base de una sociedad independiente y por tanto, en consecución de la realización de un interés social autónomo. En este sentido, la introducción del grupo de sociedades en este contexto plantea algunos problemas y lagunas de protección. Según ha detectado la doctrina¹²⁰, en la sociedad dominante lo que ocurre es que con la transferencia de determinadas funciones de explotación empresarial a las sociedades filiales, la junta general de aquélla queda desprovista de competencias sobre esos activos, que se trasladan al órgano de administración que es el encargado de representar a la matriz en las juntas generales de las sociedades filiales. Por otro lado, lo que sucede en las sociedades filiales es que éstas quedan sometidas a la dirección unitaria que ejerce la matriz, de modo que su junta general se convierte, según ha manifestado la doctrina, en un “órgano fantasma”, mientras que el órgano de administración queda normalmente limitado en sus funciones, lo que en ocasiones puede provocar una notable distorsión en sus deberes fiduciarios respecto al interés social de la particular sociedad que

¹²⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., pp. 237 y ss.

administra. Estas modificaciones estructurales u organizativas van dirigidas a la consecución de ciertas políticas e intereses de grupo que según se ha comprobado, suelen coincidir con los intereses de la sociedad dominante, lo que puede desencadenar riesgos patrimoniales a los socios externos o minoritarios de las sociedades filiales. Con estas políticas de grupo nos referimos a transacciones intragrupo de muy diversa índole, entre otras, de capital, actividad, personal o tesorería, efectuadas normalmente a un valor que no se corresponde con el de mercado.

Siendo conscientes de la importancia que tienen los grupos de sociedades en el panorama económico y empresarial actual, resulta necesario buscar mecanismos de coordinación entre las sociedades del grupo y la sociedad matriz que protejan a su vez a los accionistas externos o minoritarios. En los siguientes epígrafes trataremos de abordar esta tarea pero en un contexto aún más específico: el del grupo de sociedades que implementa en su organización un contrato de *cash pooling* o de gestión centralizado de la tesorería.

V. La conformidad del contrato de *cash pooling* al interés social de las sociedades filiales.

La pertenencia de una sociedad a un grupo y en concreto a un modelo de gestión centralizado de la tesorería, comporta necesariamente el reconocimiento de actos que producen cierta postergación del interés social en beneficio de un interés más amplio, que es el interés conjunto del grupo¹²¹ como empresa policorporativa.

Pero esto no significa que pueda priorizarse de manera absoluta el interés de grupo en perjuicio del interés social de las entidades que lo forman. Es de suma

¹²¹ Al interés de grupo, como interés que trasciende a los intereses de los miembros que lo forman, se ha referido una destacada doctrina italiana: PIER GIUSTO, JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 130: "*Questi interessi, dei quali sono titolari persone viventi in momenti diversi, membri di una comunità in continuo movimento, vengono unificati concettualmente, e attribuiti ad un ente; si può parlare, così, di un unico interesse di queste ente (il quale è, appunto, l'istituzione), che trascende gli interessi dei sui membri attuali*".

importancia alcanzar un equilibrio entre la unidad empresarial y la pluralidad jurídica y en este sentido, una coordinación entre ambos intereses, sin renunciar, por tanto, a la protección de los intereses de las sociedades del grupo. Tal aspiración requiere un constante diálogo entre la vertiente organizativa y la vertiente protectora de la ordenación jurídica de los grupos de sociedades, de modo que deben rechazarse todas aquellas operaciones que no sean, como ha manifestado un autor, instrumentales a los intereses de las sociedades del grupo¹²² y por ende, se adviertan inadecuadas para un funcionamiento equitativo del mismo. En este diálogo adquiere relevancia la autonomía de la voluntad de las partes¹²³. La libertad contractual puede facilitar la introducción de la figura del grupo de sociedades¹²⁴ y el concreto modelo de organización de *cash pooling* en un ordenamiento jurídico que está llamado a regular el funcionamiento de las sociedades desde un punto de vista individual. Constituye éste el cauce legal más oportuno para incorporar medidas de protección para los accionistas externos,

¹²² PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., p. 38: “El interés del grupo sólo es admisible al servicio del interés social. Es lo que denominamos concepción instrumental del interés del grupo por oposición a su concepción causal”.

¹²³ PIER GIUSTO, JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., pp. 130 y 131: “Si può quindi concludere che il contratto è strumento perfettamente adeguato a regolare interessi di gruppo”.

¹²⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., p. 100: “se trata de que la matriz acuerde con los accionistas externos de sus filiales una novación causal de sus contratos, en virtud de los cuales se establezca la prioridad del interés del grupo, la centralización del mando en la matriz sobre las filiales (mandato imperativo e instrucciones vinculantes) y la liberalización de transacciones internas. Si realmente la doctrina de la organización aporta más valor al grupo en su conjunto y este excedente se reparte adecuadamente, todos –mayoría y minoría- estarán interesados en el deal”; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación...”, cit., p. 370: “Quizá resulte necesario advertir, a este respecto (el amplio juego de la libertad contractual), que el despliegue de la autonomía de la voluntad a escala del grupo no ha de suponer su eliminación en el nivel específico de cada entidad integrada en él, como consecuencia de su propia naturaleza, en la que, como sabemos, la tensión dialéctica unidad-pluralidad muestra un valor que debería calificarse de constitutivo. Con todo, parece evidente que la libertad contractual propia del grupo, o que se refiera a él de manera directa, condicionará decisivamente la que pueda aplicarse en sus elementos componentes. Así sucederá, desde luego en los grupos jerárquicos y, de manera más intensa aún, en los que se configuren con un elevado carácter centralizado; pero también se manifestará en los que, no obstante, la existencia del control, muestren elementos significativos de descentralización”.

sobre todo en grupos verticales como el que ahora delimita nuestro supuesto de hecho, en los que como hemos visto, la junta general suele quedar vaciada de competencias. Si se establecen límites al poder de dirección, se pactan mecanismos para paliar o compensar los eventuales perjuicios que se causen a las sociedades filiales, o se determinan garantías suficientes para sustituir los derechos de propiedad de los accionistas por un deber de responsabilidad de los administradores por comportamientos contrarios a sus deberes fiduciarios, resultará más sencillo justificar la legitimidad del interés de grupo, además de su funcionamiento.

1. Consideraciones previas.

Todo grupo de sociedades y, en particular, los sistema de gestión centralizada de la tesorería, sugieren la realización de una serie de transacciones intragrupo que en la medida que instituyen operaciones vinculadas¹²⁵, están aquejadas de un innegable conflicto de interés entre la sociedad *pooler* y las filiales, que además se extiende a los administradores dominicales de éstas últimas. En este sentido, la procedencia de estas transacciones se sujeta a la condición de que puedan ser

¹²⁵ PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2016., p. 91: “Con el término operaciones vinculadas se conocen aquellas operaciones en las que existe una transacción entre la sociedad y otra parte que tiene capacidad de influencia en el proceso de toma de decisión respecto a la realización de la transacción. Constituyen el prototipo de conflicto de interés de potencial extractivo, puesto que existe un elevado riesgo de expropiación del conjunto de los socios en beneficio de un administrador (o persona relacionada con él) o de unos socios (los minoritarios) en beneficio de otros (sean de control o sencillamente significativos). En ambos casos, el beneficiario puede acometer la expropiación mediante el uso (*rectius*, abuso) de su posición. La expropiación puede llevarse a cabo, por expresarlo en términos muy sencillos, vendiendo algo que la sociedad no necesita o, aun necesítandolo, a un precio superior al de mercado (o si la sociedad es la vendedora, a precio inferior). Por supuesto, con ello no estamos afirmando en absoluto que toda operación vinculada sea un instrumento extractivo (...) puede haber una importante reducción de costes de transacción desde el momento en que ambas partes, además de no tenerse que buscar, ya saben con precisión qué bien o servicio tienen o necesitan. Y precisamente, por ello, es posible conceder una dispensa para realizarla (artículo 230.2 LSC)”.

objeto de dispensa en los términos legalmente establecidos (arts. 228. e)¹²⁶, 229 LSC, y art. 230 LSC). Aunque de esta cuestión nos ocuparemos detenidamente más adelante, parece necesario adelantar aquí que entre otras exigencias más, el procedimiento de dispensa requiere en el ámbito particular de nuestro supuesto de hecho, una obligación de los administradores dominicales de la filial nombrados por la matriz de abstenerse de participar en la deliberación y votación de la celebración de un acuerdo de *cash pooling* (art. 228.c) LSC)¹²⁷. Esta norma se formula en base a una regla de propiedad: los accionistas externos o minoritarios tienen derecho a que no se perjudiquen sus derechos de propiedad e intereses sociales.

No puede pasarse por alto, sin embargo, que la regla de la abstención está pensada para ser aplicada a conflictos de intereses ocasionales, normalmente surgidos en contextos ajenos a los grupos de sociedades. Es fácilmente comprensible que su estricta aplicación en sede de un grupo entorpece su correcto funcionamiento, pues carece de sentido dejar la política de grupo en manos de la minoría (en este caso, administradores independientes y representantes de accionistas externos). Desde este punto de vista, no resulta extraño que la doctrina haya propuesto de forma unitaria descartar la regla de la abstención en sede de grupos, solo que lo ha hecho a través de vías dispares. Es precisamente en este punto donde se divide la doctrina entre quienes optan por una configuración jurídica del grupo con carácter orgánico y quienes se decantan por otra con fines protectores.

¹²⁶ Artículo 228. e) de la Ley de sociedades de capital: “*En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*”. Véase: VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 597 y ss.

Véase a este respecto: PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *El deber de los administradores de...*, cit., pp. 41 y ss.

¹²⁷ Artículo 228. c) de la Ley de sociedades de capital: “*En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga conflicto de intereses, directo o indirecto (...)*”.

Según la doctrina de la organización, bastará con compensar el eventual perjuicio que hubiera causado al interés social de las filiales la determinada instrucción dictada por la matriz en interés del grupo, para proceder a legitimar las operaciones intragrupo, negar la existencia de conflictos de intereses, y rechazar las reglas de la abstención y de la propiedad. Sugiere la presente doctrina que la eliminación de tales reglas societarias sin la “debida compensación” debe suponer una responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores por conductas contrarias a sus deberes fiduciarios¹²⁸. Esta medida de responsabilidad, no obstante, nos parece que resulta poco garantista debido al modo con que la doctrina de la organización ha procedido a configurar los deberes fiduciarios.

En efecto, suelen presumir estos autores que los administradores dominicales han actuado con lealtad, de buena fe y en el mejor interés de la sociedad que administran cuando en el ejercicio de sus funciones, hubieran comprobado que la instrucción perjudicial proveniente de la dirección unitaria de la matriz ha quedado o quedará en el futuro neutralizada mediante la aplicación de un sistema compensatorio que, como luego veremos, se advierte insuficiente por ser demasiado genérico e imprevisible. Cumplida esta única condición, como decimos, entienden los defensores de la doctrina de la organización que es posible negar la existencia de conflictos de intereses entre la sociedad matriz y los administradores dominicales de la sociedad filial.

Dicho de otro modo, la negación de conflictos de interés a través del reconocimiento de las ventajas compensatorias y el interés de grupo, permitiría desbloquear la excepción a la aplicación de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC)¹²⁹ (denominada en la práctica empresarial internacional como “*business*

¹²⁸ Para mayor detalle sobre esta cuestión, véase PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 68 y ss.

¹²⁹ El principio de la discrecionalidad empresarial consiste en lo siguiente. Para empezar, el artículo 226 de la Ley de sociedades de capital – Protección de la discrecionalidad empresarial, dispone que: “1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado

judgement rule) prevista para las decisiones que afecten a personas vinculadas, lo que autorizaría a los administradores dominicales a beneficiarse de la protección o amparo que ofrece esta regla. Pese a que la regla faculta a los acreedores, a los accionistas externos y al juez a discutir y valorar si la decisión se ajusta o no a los

empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. 2. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230”.

El origen de la regla de la discrecionalidad empresarial se encuentra en la jurisprudencia americana. Véase: *Aronson v. Lewis* (Delaware 1984); *Smith v. Van Gorkom o Tran Union* (Delaware 1985). Se considera que los Tribunales han de respetar las decisiones empresariales de los administradores salvo que se demuestre infracción del deber de diligencia.

Para un mayor entendimiento de este precepto, puede verse: RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (business judgement rule)”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1185-1213; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 325-360; VIVES RUIZ, FERNANDO, “El alcance del deber de diligencia de los administradores sociales”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 664-669; RECAMAÑÁN GRAÑA, EVA, “La protección de la discrecionalidad empresarial en la sociedad en crisis”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 747-767; MEJÍAS LÓPEZ, JAVIER, “Deber de independencia de consejeros y business judgement rule”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 860-868; LLEBOT MAJÓ, ORIOL, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (dir.)/ ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL (dir.)/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 34 y 35; VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 595 y 596.

estándares objetivos de diligencia y razonabilidad¹³⁰, es fácil reparar en la imposibilidad, o cuanto menos, en la dificultad que supone acreditar que los actos

¹³⁰ Existe cierta discordancia en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la regla de la discrecionalidad empresarial. Opinan algunos autores que la regla establece una presunción *iuris et de iure* de diligencia que determina la impunidad de las decisiones tomadas por los administradores. Entienden los defensores de esta tesis que recae sobre quienes ejercen la acción de responsabilidad la carga de probar que el administrador ha tomado la decisión de manera negligente, y sostienen además que el contenido de dicha prueba solo alcanza a discutir sobre el cumplimiento de los presupuestos de la regla en la toma de la decisión, (es decir, haber seguido el procedimiento adecuado, con información suficiente, de buena fe y sin interés personal en el asunto). En otras palabras, tanto quien ejerce la acción de responsabilidad como el juez solo pueden valorar o discutir la efectiva concurrencia de los presupuestos legales en la toma de la decisión, pero en ningún caso la diligencia o negligencia de los administradores. Un argumento que suele aportarse en esta conclusión es que los jueces no son suficientemente expertos como para enjuiciar decisiones de carácter empresarial. La regla así interpretada proporcionaría un puerto absolutamente seguro a los administradores. Véase: ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Roncero sobre la business judgement rule”, en Blog Almacén de Derecho, 15 de marzo de 2017, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html>, donde establece que: *“los jueces carecen de los conocimientos necesarios para enjuiciar las decisiones de carácter empresarial y no hay disponible una lex artis a la que puedan recurrir (con ayuda de expertos en dicha lex artis) para enjuiciar dichas decisiones en términos de diligencia/negligencia”*; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Art. 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, cit., p. 327: *“Una vez determinado que la conducta del administrador está cubierta por la regla, le está vedado al juez examinar el contenido de la decisión dañosa, esto es, si, no obstante, se infringió el deber de conducta (si un ordenado empresario hubiera actuado de otra forma). En otros términos, la regla del artículo 226.1 LSC puede entenderse como una concretización legal del deber de diligencia objetivo del administrador cuando adopta una decisión que no viene determinada por la Ley (Mertens/Cahn) o, en los términos que señalamos en el comentario del artículo 225 y de forma semejante al privilegio romano para los socios-administradores de la sociedad colectiva, como una disgregación entre el estándar de conducta –diligencia- y el estándar de responsabilidad –actuación informada y desinteresada en el ámbito de decisiones discrecionales- lo que significa que el estándar de conducta se deja incólume pero su infracción solo genera responsabilidad fuera del ámbito de aplicación de la business judgement rule. De este modo, la regla limitaría el ámbito de aplicación de la responsabilidad por negligencia. El juicio acerca de si el administrador actuó diligentemente no procede si actuó informada y desinteresadamente y se trataba de una decisión estratégica o de negocio. El administrador pudo haber actuado negligentemente, pero es irrelevante. En esta medida, la regla actúa como un puerto seguro para los administradores”*.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina, a la que como hemos subrayado nos sumamos, entiende que la regla de la discrecionalidad empresarial establece una presunción *iuris tantum* de diligencia que admite prueba en contrario. En contra de la interpretación que hacía la anterior doctrina, estos autores argumentan que recae sobre

de gestión llevados a cabo por el administrador de una sociedad dentro de la política de grupo se apartan de aquellos estándares y por ende, carecen de justificación racional. Desde este punto de vista, parece adecuado señalar que la prueba en contrario que conforma esta presunción de diligencia se manifiesta trivial o en vano cuando se aporta respecto de personas pertenecientes a un grupo de sociedades; a esta prueba se la ha calificado de hecho en la doctrina como una *probatio diabolica*¹³¹.

Puede comprenderse así que la negación de la existencia de conflictos de interés entre personas vinculadas para aplicar la regla de la discrecionalidad empresarial

los administradores y no sobre los acreedores la carga de probar el cumplimiento de los presupuestos de la regla. Entienden además que la parte contraria y el juez pueden entrar a valorar si la decisión es razonable y ajustada a los estándares de conducta comúnmente aceptados en la gestión de los negocios. De este modo, se excluye la inmunidad de los administradores. Véase: RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (business judgement rule)”, cit., pp. 1206-1212, en concreto en la p. 1208: “Establecer que el administrador de una sociedad de capitales es la única persona o profesional, cuyas decisiones deben quedar exentas de control responde a una pretensión por instaurar un ámbito de impunidad, que hoy es difícil de defender y que, de hecho, los mismos sostenedores de esta tesis no dudan en rechazar”, pp. 1210 y 1211: “La regla establece una presunción de diligencia, siempre que, como en Alemania, los administradores demuestren la concurrencia de los presupuestos en los que se basa. La prueba consiste en acreditar la adecuada protocolización de la toma de decisiones y que se acopó información y asesoramiento suficientes, lo que es razonable en las grandes corporaciones. Pero por sus costes estos protocolos no resultan eficaces en sociedades que gestionan de forma personalizada las pequeñas y medianas empresas. (...) Son necesidad de determinar si concurrieron los presupuestos de la regla (el protocolo de actuación), siempre podría demostrarse que la decisión de los administradores era manifiestamente irrazonable y contraria al estándar objetivo de conducta exigible en la gestión ordenada de los negocios. Si se quiere evitar el puerto seguro no puede situarse a los demandantes en la tesitura de probar que no se dieron los presupuestos de la regla, porque de facto se crearía una situación de impunidad”.

¹³¹ Así lo establece PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., p. 49: “Procesalmente, si tratan (los accionistas) de impugnar el acto lesivo o exigir responsabilidad a los administradores, su indefensión es prácticamente absoluta. Para deshacer el relato de la parte contraria se enfrentan a una *probatio diabólica*, máxime si a los administradores –como se pretende– se les concede además el beneficio de la *business judgement rule*. En definitiva, se verían obligados a iniciar una causa general y el juez estaría llamado en la práctica a una misión imposible: enjuiciar el mérito de la política de grupo y de la entera gestión social. No podemos ser ingenuos”.

situaría a los administradores en un puerto considerablemente seguro que casi con toda probabilidad les mantendría exentos de responsabilidad¹³². Es precisamente por esto que opinamos que la regla de la responsabilidad, tal y como ha sido configurada por esta doctrina, resulta poco garantista.

En definitiva, según la referida línea de pensamiento, la exoneración de la responsabilidad de los administradores de las sociedades filiales por la obediencia

¹³²PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 73-77, concretamente en la p. 74 se establece que: “No es de extrañar por ello que algunos autores propongan codificar la teoría de las ventajas compensatorias precisamente mediante una reformulación de la regla de la discrecionalidad. Como la inmunidad que proporciona está supeditada a que el administrador haya actuado de buena fe –es decir, bajo la convicción de que su decisión se adopta en el mejor interés de la sociedad (v. Art. 226.1 en relación al art. 227.1 LSC)-, el objetivo buscado pasa necesariamente por introducir el interés del grupo en el juicio de buena fe”.

Especial interés tiene la crítica que hace PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., a una doctrina alemana que quiere aplicar la regla de la discrecionalidad empresarial en sede de grupos de sociedades, pp. 74 y 75: “Esta es, por ejemplo, la propuesta de Drygala en Alemania, que consiste en añadir un tercer inciso al 93 (1) AktG, justo a continuación del segundo en el que se consagra la business judgement rule, del siguiente tenor: “Al miembro del consejo de dirección de la sociedad dependiente le está permitido en las decisiones empresariales considerar también los intereses de las empresas del grupo (la matriz y otras) en la medida en que las desventajas que surjan resulten compensadas efectivamente con suficiente probabilidad en el futuro por medio de la pertenencia de la sociedad al grupo”. Sigue el autor razonando que “Nada de esto sin embargo parece razonable: la oposición de intereses en las transacciones y relaciones intragrupo es una realidad incontestable”.

Por su parte, son defensores de aplicar el principio de discrecionalidad empresarial a los administradores de las sociedades filiales en el contexto de los grupos de sociedades: FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades...*, cit. pp. 174-177; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación...”, cit., p. 363: “puede entenderse que las cuestiones esenciales de la orientación organizativa, se refieran a la administración del grupo, trasladando y adaptando a ese nivel las reglas propias del Derecho de sociedades. Se trata de un criterio que ha ido adquiriendo en los últimos tiempos un cierto desarrollo, como se deduce, entre otros extremos, del debate sobre la posible traslación a la esfera del grupo del fenómeno que, entre nosotros, se ha denominado “discrecionalidad empresarial” (art. 226 LSC), trasunto interno de la muy conocida business judgement rule”.

de instrucciones emanadas por la sociedad matriz en el ejercicio de la dirección unitaria que puedan resultar perjudiciales para el interés de la sociedad que administran, encontraría su reconocimiento y legitimidad en el interés de grupo y en las ventajas compensatorias.

La doctrina de la protección, como veremos con detalle más adelante, cuestiona las consideraciones anteriores y sostiene que el paso de la regla de la propiedad a la regla de la responsabilidad ha de ofrecer necesariamente unos mecanismos de protección más exhaustivos. Estos autores consideran que la doctrina de las ventajas compensatorias, sobre todo por el modo con que ha sido configurada, deviene insuficiente para paliar las evidentes desventajas que se derivan a los socios externos como consecuencia de la privación de sus derechos de propiedad y de la postergación del interés social en beneficio del interés de grupo.

2. Reflexión en torno al concepto de interés del grupo: contenido y límites.

Los conflictos de intereses, resultado de las constantes relaciones intragrupo, afectan directamente a los administradores sociales de las sociedades miembro, que se van a encontrar ante la disyuntiva de optar entre actuar conforme al interés del grupo, obedeciendo las instrucciones dictadas por la sociedad matriz aunque puedan ser perjudiciales para los intereses de la sociedad que administran, o actuar en estricto cumplimiento del Derecho positivo y por tanto, en coherencia y satisfacción de tales intereses sociales. Surge de este modo un verdadero conflicto de lealtades que demanda resolver si ha de primar un interés sobre otro, o si ha de buscarse su conciliación mediante la determinación de mecanismos de protección suficientes¹³³.

¹³³ Sobre esta cuestión, véase entre otros: EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación...”, cit., pp. 371 y ss.; IRACULIS ARREGUI, NEREA, “Estudio del concepto de interés del grupo: el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 404 y ss.; MÁRQUEZ LOBILLO, PATRICIA, “Alcance del deber de lealtad del administrador de una filial en un supuesto de conflicto

Para afrontar esta cuestión, conviene indicar en primer término que el concepto de interés social, pese a ser mencionado en numerosos preceptos del ordenamiento, carece de una definición legal. Es un concepto jurídico indeterminado que tradicionalmente, desde una concepción contractualista, se ha identificado con el interés común de los socios, y cuyo fundamento principal es maximizar el valor económico de la sociedad. De acuerdo con esta teoría, los titulares del interés social son los socios, que tienen una posición prevalente frente a cualquier otro interés, de modo que cualquier acto de gestión realizado por el administrador debe implicar un beneficio para los socios¹³⁴. Es necesario apuntar que frente a la teoría

entre el interés del grupo, el de la sociedad que administra y el propio”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 453 y ss.

¹³⁴ Como decimos, no obstante, la doctrina mayoritaria se ha posicionado a favor de la tesis contractualista. Entre otros: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 20, 2003, pp. 103 y 104; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, FERNANDO, (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 904-906; SANCHO CALERO, FERNANDO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Reuters Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2007, pp. 190 y 191; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, primera edición, Civitas, Madrid, 1995, pp. 18 y 19, y 22-26; MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO/ SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, “Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 268, 2008, pp. 512-518.

Es interesante acudir al Derecho italiano para profundizar en la diferencia entre la concepción contractualista e institucionalista del interés social, en especial a la siguiente obra: PIER GIUSTO, JAEGER, *L' interesse sociale*, cit. El autor critica la teoría institucionalista y se decanta, como la doctrina mayoritaria, por la teoría contractualista. En las pp. 148-152 enumera las características de la teoría institucionalista: “*Esaminiamo ore le posizioni della dottrina italiana sull'argomento. Gli autori, i quali affermano la natura istituzionale dell'impresa, le attribuiscono le seguenti caratteristiche, da cui desumono tale natura: a) nell' impresa, il singolo soggetto è inserito nell' organismo sociale, e deve agire secondo i fini propri dell' istituzione; b) il principio gerarchico che pone l' imprenditore a capo della struttura organizzata, con un potere disciplinate sui suoi collaboratori, è estraneo alla figura del contratto, e proprio invece dell' istituzione; c) nei soggetti organizzati si riscontra una fondamentale coincidenza di interessi e comunanza di fini, interessi e fini che vengono soddisfatti e realizzati unitariamente mediante l' istituzione, e tendono a*

contractualista, se halla la teoría institucionalista o pluralista, que identifica el interés social con el interés de la sociedad, en protección de los acreedores. Nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias han seguido la teoría contractualista, sin embargo, la actual redacción de la Ley de sociedades de capital parece haber optado por una solución intermedia, al referirse a veces al interés social (art. 204.1 LSC), y otras al interés de la sociedad (art. 227 LSC).

Contrariamente a lo que sucede con el interés social, nuestra legislación no contiene ninguna referencia al interés del grupo. Sí lo hace, no obstante, el Derecho proyectado. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 reconoce expresamente la existencia del interés de grupo en su artículo 291-9.1 al prever que: *“Los administradores de la sociedad dominante tendrán la facultad de impartir instrucciones en interés del grupo a los administradores de la sociedad dependiente, aunque la ejecución de esas instrucciones pueda ocasionar un perjuicio a esta sociedad”*. El límite a esta facultad se encuentra en el artículo 291-9.2 que dispone que: *“En ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad”*. Esta regulación proyectada revela varias cuestiones. Por un lado, se observa la primacía del interés de grupo respecto de los intereses de las

trascendere oltre gli individui che compongono attualmente il gruppo, per proiettarsi nel futuro verso i suoi successivi componente”. En las pp. 145-148 critica la concepción institucionalista manifestando lo siguiente: *“Possiamo, a questo punto, considerare acquisito alla ricerca un primo risultato: quello, cioè, di escludere che, secondo il nostro diritto delle società per azioni, interessi di soggetti diversi dai soci possano trovar posto in una definizione dell' interesse sociale (...). Se a quest'ultima, infatti, dovessero essere riconosciuti i caratteri propri dell' istituzione, come vuole una dottrina che gode di larghi consensi in Italia e in altri paesi, ne discenderebbe necessariamente la natura istituzionale degli interessi comuni a tutti soggetti che vi partecipano. Il problema si pone anche per l'impresa individuale, dove l' interesse dell'imprenditore singolo assumerebbe questo carattere; e si prospetta in termini analoghi per le imprese esercitate da una società per azioni, nelle quali l' interesse della società medesima (identificabile con un interesse collettivo dei soci) dovrebbe, accettandosi questa teoria, essere coordinato e armonizzato con gli interessi degli altri soggetti unificati nell' interesse dell' istituzione.(...) Si vuol notare soltanto che l' accettazione di una concezione istituzionale dell' impresa non può fare a meno di produrre conseguenze in merito al problema della determinazione degli interessi che i soci e gli organi sociali possono perseguire”*.

sociedades del grupo, en la medida que en base a aquel se autoriza a quien ejerce la dirección unitaria a impartir instrucciones de obligado cumplimiento a las sociedades dependientes, aunque las mismas puedan causar desventajas. Y por otro lado, se reconoce el carácter limitado de esa primacía, ya que en ningún caso puede comportar la absoluta dilución de los intereses de las sociedades del grupo.

Conviene también apuntar que no hay en la doctrina uniformidad sobre los criterios que explican y delimitan el interés de grupo. La doctrina mayoritaria, la de la organización, suele concebir el interés de grupo como un interés autónomo y distinto del interés social particular de cada uno de sus miembros, incluso del de la sociedad dominante¹³⁵. Se asume de este modo que en la medida que todas las empresas del grupo son titulares de este interés común, la dirección unitaria que ejerce la sociedad matriz se destina a la realización o maximización del interés de la empresa policorporativa en su conjunto. En otras palabras, el interés de grupo se entiende como el parámetro al que ha de atender la sociedad matriz para llevar a cabo un adecuado ejercicio de la dirección unitaria. Desde este punto de vista, se reconoce una convivencia entre ambos intereses, que en situaciones de conflictos de intereses intragrupo, obliga a los administradores sociales a coordinar el interés social con el interés de grupo, lo que puede causar, según señalan los defensores de esta corriente, un desplazamiento temporal, no absoluto ni definitivo, de la realización de los intereses de la sociedad que administran¹³⁶.

¹³⁵ IRACULIS ARREGUI, NEREA, "Estudio del concepto de interés del grupo...", cit., p. 413: *"el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante, habida cuenta de que el interés del grupo se adscribe, de forma inmediata, a la empresa conformada por el conjunto de sociedades agrupadas"*; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección de acreedores*, pp. 186 y 187.

¹³⁶ IRACULIS ARREGUI, NEREA, "Estudio del concepto de interés del grupo...", cit., p. 414: *"La colisión o incompatibilidad se establece entre dos intereses distintos pero tutelados ambos, y ello hace que sea preferible referirse al interés social de cada sociedad agrupada como interés individual, lo que propicia que no exista entre ellos, a priori y como principio general, una relación de jerarquía que permita afirmar la prevalencia absoluta de alguno de ellos, en este caso, del interés del grupo. La colisión entre ambos intereses es un conflicto entre dos intereses no jerarquizados, por lo que su solución no se encuentra en la subordinación de uno al otro, sino en su coordinación. Esta coordinación, no obstante, se traduce en un desplazamiento temporal, situándose en una posición prioritaria el interés del grupo y en una posición relegada temporalmente el interés social individual de cada"*

El interés de grupo ha sido también reconocido por nuestro Tribunal Supremo, que mediante la importante sentencia de 11 de diciembre de 2015¹³⁷, ha matizado que la incorporación de una sociedad a un grupo “*no supone la pérdida total de su identidad y autonomía*”, de modo que su particular interés no queda “*diluido* (en el interés de grupo) *hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrada*”. La referida sentencia del Tribunal Supremo legitima las operaciones intragrupo en la medida que se logre conjugar el interés de grupo con los intereses particulares de sus miembros, de forma que sea “*posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores*”.

A este fin, se señala en la sentencia que deberá llevarse a cabo una evaluación del perjuicio en vista de aplicar un sistema compensatorio que permita contrarrestar las desventajas económicas provocadas a una sociedad del grupo con las ventajas que ésta hubiera obtenido o pudiera llegar a obtener precisamente por pertenecer a dicho modelo de organización. Esto último, veremos a continuación que, pese a su innegable interés, resulta complicado de admitir, tanto porque altera los principios que rigen el Derecho común de sociedades como porque confiere a la política de grupo un margen de elasticidad excesivamente amplio.

Dejando para más adelante el asunto de las ventajas compensatorias, nos vamos a centrar ahora en las dudas que plantea el concepto de interés de grupo. Hemos de recordar a este propósito que el interés de grupo, como lo ha entendido la doctrina mayoritaria, es decir, como un interés superior y distinto al interés social, no se

sociedad agrupada. Se reconoce así la prioridad del interés del grupo, pero no así la consideración de que se trate de un interés que prima sobre aquel interés individual, postergándolo definitivamente”; MÁRQUEZ LOBILLO, PATRICIA, “Alcance del deber de lealtad del administrador de una filial...”, cit., p. 455; reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007”, Revista de Derecho de Sociedades, núm. 30, 2008, pp. 401-419.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (sección 1ª), resolución núm. 695/2015 (recurso núm. 2141/20013), Roj. núm. 5151/2015, de 11 de diciembre de 2015.

encuentra legalmente reconocido en nuestro Derecho, sino que se ha deducido a partir de la legitimidad de la figura del grupo en varias normas del ordenamiento jurídico. Así, como adecuadamente ha argumentado algún autor, de un hecho no puede colegirse una norma. Es decir, la legitimidad del grupo de sociedades proviene del *factum* empresarial; no hay duda de que el grupo constituye una realidad empírica, pero de esta circunstancia no puede inferirse una norma en cuya virtud, tal y como ha venido reconociendo una parte de la doctrina, pueda legitimarse a la sociedad matriz a dictar instrucciones perjudiciales de obligado cumplimiento a los administradores de las sociedades filiales¹³⁸.

El propio Tribunal Supremo ha insistido en esto último al enunciar que: *“El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de obediencia debida a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar”*¹³⁹. Se aclaran de

¹³⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp. 26 y ss., 58, y 179 y ss., concretamente en las pp. 34 y 35 indica que: *“Es indudable que el grupo, como realidad empírica, es algo que el derecho no proscribiera, entre otras cosas porque sería contrario a las libertades contractuales de asociación, propiedad y empresa (arts. 22, 33 y 38 CE), de las que son beneficiarias, al menos more constructivo, también las personas jurídicas”*, y en la p. 37 señala que: *“del reconocimiento de la legitimidad de grupo (que deriva de un simple factum de la vida empresarial sujeto a un ulterior control jurídico) no se sigue el reconocimiento de la legitimidad del interés del grupo entendido como un interés distinto y superior al interés social (que sería un precepto del sistema jurídico), eventualmente idóneo para justificar la adopción de medidas perjudiciales para la filial”*; VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *“Grupo de sociedades y conflictos de intereses”*, cit., p. 25, indica que: *“numerosas normas reconocen la legitimidad del grupo, ya que lo mencionan y le atribuyen efectos jurídicos, pero hay dudas sobre si existe un interés de grupo por encima del interés de las sociedades. Ninguna norma lo reconoce (...)”*.

¹³⁹ A este respecto ha manifestado también el Tribunal Supremo que: *“El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones de gestión ordenada, representación leal, fidelidad al interés de la sociedad, lealtad y secreto que le incumben como tal administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo. El interés de grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial. El administrador de la sociedad filial que realiza una actuación que causa un daño a la*

este modo las dudas que se originaron a propósito de la sentencia dictada en primera instancia, que firmemente reconocía que *“es consustancial a la existencia del grupo de sociedades la existencia de órdenes perjudiciales para una sociedad del mismo en interés del grupo o de otra sociedad filial”*. Esto último comportaría, como fácilmente puede comprenderse, un cambio en los deberes fiduciarios de los administradores, que ya no irían encaminados, como establece nuestra Ley de sociedades de capital, a satisfacer el interés social de la sociedad que administran, sino el interés de grupo en su conjunto. Se produciría así una novación causal no consentida del contrato de sociedad, con todas las consecuencias que ello puede acarrear a los accionistas minoritarios y a los acreedores sociales de la sociedad perjudicada.

Todo ello no puede llevar, sin embargo, a una completa y absoluta censura del interés de grupo, sino que éste podrá admitirse en la medida que resulte coherente con el interés social y con el Derecho común de sociedades. Así, como bien ha sugerido un autor, sería conveniente reemplazar la concepción causal del interés de grupo por otra instrumental, de forma que éste solamente sea admisible si, como se ha anunciado, está al servicio del interés social¹⁴⁰. Sin perder de vista, no obstante, que contrariamente a lo que suele defender la doctrina de la organización, el interés del grupo inequívocamente coincide con el interés de la sociedad dominante¹⁴¹.

sociedad que administra no queda liberado de responsabilidad por el simple hecho de que tal actuación haya sido acordada por quien dirige el grupo societario. El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra”.

¹⁴⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp. 117 y ss.

¹⁴¹ EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Interés de grupo y ventajas compensatorias...”, cit., [versión digital]: *“el llamado interés de grupo no sería algo diferente del interés de su entidad dominante, si se parte, como es bien sabido, de que en el grupo jerárquico donde se contempla la posibilidad de su operatividad misma”*; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., p. 37: *“(...) difícilmente puede inferirse que los administradores de cada sociedad agrupada tengan la legitimación y menos aún la obligación de perseguir el interés del grupo en su conjunto –en realidad, el interés de la sociedad matriz- aunque no coincida con el interés de la suya”*.

3. Mecanismos de protección en consecución de un interés de grupo instrumental.

Nuestra tarea debe centrarse ahora en la búsqueda de mecanismos que posibiliten la configuración de un interés de grupo al servicio del interés social, y permitan por tanto que el sistema de gestión centralizado de la tesorería establecido en un grupo de sociedades proporcione garantías de protección suficientes para los intereses de sus miembros, y más concretamente para los accionistas minoritarios y para los acreedores. Recuérdese que la desventaja causada a los intereses de una determinada sociedad filial en beneficio del interés de grupo lleva aparejado el inconveniente de sustituir aquél por éste último y en consecuencia, de modificar la causa del contrato de sociedad de la filial.

Para poner remedio a esta situación o al menos minimizar sus efectos, se ha propuesto aplicar una serie de ventajas encaminadas a compensar los diversos intereses que concurren en el grupo de sociedades. Pero no creemos que baste con aplicar un sistema compensatorio genérico y fundado en ventajas previas o futuras como el que como enseguida veremos formula la doctrina de la organización e incluso el Tribunal Supremo, sino que entendemos que hay que buscar otros mecanismos de protección que, tal y como iremos viendo a lo largo del capítulo, deben comprender otros aspectos más: un sistema compensatorio estricto, un ejercicio limitado o como se ha denominado “natural” de la dirección unitaria, un riguroso respeto a los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades filiales, y un reemplazo de la regla de protección por la regla de la responsabilidad que confiera garantías suficientes para los accionistas externos.

4. Las ventajas compensatorias.

No puede olvidarse que las sociedades que se adhieren a un grupo y especialmente a un sistema de gestión centralizado de la tesorería, buscan el mayor desarrollo posible de su interés social; es precisamente por esto que toda instrucción procedente de la dirección unitaria no puede considerarse vinculante ni legítima.

Los administradores de las sociedades dependientes han de valorar dicha instrucción en términos de idoneidad y en este proceso, adquieren importancia las ventajas compensatorias. Se trata de llevar a cabo una evaluación del eventual perjuicio ocasionado a los intereses de las sociedades dependientes en vista de aplicar un sistema compensatorio que sea capaz de equilibrar los intereses en conflicto. En este sentido, lo que corresponde preguntarnos en el ámbito de nuestro supuesto de hecho es si en consecución del interés de grupo, los órganos de administración de las sociedades del grupo están legitimados para obedecer determinadas instrucciones impartidas por el órgano de administración de la sociedad matriz o sociedad *pooler*, a priori perjudiciales para sus intereses sociales (realización de flujos de tesorerías ascendentes a la cuenta centralizadora en el contexto de un contrato de *cash pooling*), si coetáneamente se prevén mecanismos de compensación adecuados para contrarrestar o rentabilizar aquellas desventajas.

Adelantamos aquí que la respuesta a esta pregunta será positiva siempre y cuando las ventajas compensatorias sean efectivamente singulares, coetáneas y adecuadas desde un punto de vista cuantitativo, y no compensaciones previas o futuras fundadas en términos cualitativos.

4.1. Defensa de un sistema compensatorio cuantitativo en lugar de uno cualitativo.

La doctrina de la organización formula un sistema compensatorio en cuya virtud, la desventaja que una concreta operación causase a una sociedad ha de valorarse en atención a las ventajas que ésta hubiera obtenido precisamente como consecuencia de su pertenencia al grupo. Es decir, de acuerdo con esta doctrina, el sacrificio soportado por una determinada sociedad filial puede encontrar contrapartida en las múltiples relaciones económicas y empresariales existentes entre las sociedades del grupo, de modo que la compensación de aquel sacrificio

pueda consistir tanto en una ventaja económica satisfecha en el pasado como en cualquier otra que se espera obtener en el futuro¹⁴².

El primer punto débil que encuentra esta tesis tiene que ver con las ventajas compensatorias obtenidas en el pasado o las que previsiblemente se obtendrán en el futuro porque toda vez que no constituyen respectivamente un pasivo exigible o un activo realizable, no permiten a los accionistas minoritarios asegurar su posición, por ejemplo, frente a terceros acreedores¹⁴³.

Pero el problema no se detiene aquí. Los defensores de la doctrina de la organización sostienen firmemente que la aplicación del sistema compensatorio, tal y como lo configuran, constituye un mecanismo suficiente no solo para

¹⁴² Así lo ha confirmado también el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de diciembre de 2015, al establecer que: *“las ventajas compensatorias no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial”*.

Desde la vertiente de la doctrina de la organización, son numerosos los autores que se han decantado por la doctrina de las ventajas compensatorias, entre otros: FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección de acreedores...*, cit., p. 152; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “El concurso de las sociedades integradas en un grupo”, en ALONSO UREBA, ALBERTO/ ALONSO LEDESMA, CARMEN/ ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO (Dir.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma*, vol. 2, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 467: *“el concepto de ventaja compensatoria hace referencia a la existencia de compensaciones percibidas por las sociedades integradas en grupo, derivadas precisamente de la participación en el mismo, que permite admitirla existencia de perjuicios particulares en el interés individual de las mismas. Se trata de una construcción que, en definitiva, permite reorientar el análisis del perjuicio individualmente sufrido por la sociedad perteneciente al grupo hacia el conjunto de relaciones característico de esta figura, compensando así los inconvenientes derivados de las decisiones orientadas a la tutela del interés del grupo con los beneficios que proporcionan la integración en el mismo”*; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “Conflictos de interés en grupos de sociedades:...” , cit., pp. 414-417.

¹⁴³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., p. 45.

combatir las desventajas eventualmente ocasionadas al interés social de la sociedad filial sino para lograr también la maximización tanto del referido interés social como del interés de grupo. Este argumento ha sido puesto en duda por un autor que, desde un punto de vista sustantivo, ha concluido que no resulta posible maximizar simultáneamente la eficiencia de dos intereses que se encuentran potencialmente en conflicto sino que siempre habrá uno cuya maximización de la rentabilidad se encuentre resentido. En esencia, se llega a esta conclusión porque las compensaciones a largo plazo pueden comportar costes de oportunidad elevados para las sociedades que sufren las desventajas¹⁴⁴. Compartimos con esta doctrina que el coste de oportunidad constituye un riesgo innegable, y subrayamos que el mismo suele reducirse en escenarios en los que se prevé un sistema compensatorio actual o inmediato, como el que ahora ocupa nuestro estudio.

En el escenario de un grupo de sociedades que tiene implementado un contrato de *cash pooling*, como sabemos, las relaciones entre la sociedad *pooler* y las sociedades participantes se compensan de forma automática a través de un contrato de préstamo con pacto de cuenta corriente. De este modo, en el balance de las filiales acreedoras figura un derecho de cobro que les permite asegurar su posición frente a terceros¹⁴⁵ y en la mayoría de los casos¹⁴⁶, hacerlo efectivo de

¹⁴⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 43 y 44.

¹⁴⁵ Como a continuación veremos, una de las condiciones que defendemos para que la ventajas compensatorias resulten adecuadas es que sean inmediatas. Desde este punto de vista, es importante destacar que como para que la compensación sea inmediata no es necesario que se haga efectiva en ese mismo momento. Así lo ha señalado (citar, p. 142) al establecer que: “*Naturalmente, para ello no hace falta hacer efectivo al mismo tiempo el pago, basta con constituir o atribuir el derecho de cobro correspondiente (pertrechado en su caso con los oportunos intereses y garantías) para que pueda ser inscrito ipso facto en el activo del balance de la filial*”.

¹⁴⁶ En circunstancias excepcionales y ajenas al sistema compensatorio, puede ocurrir que la sociedad filial no pueda hacer efectivo el derecho de crédito que tiene a su favor en el preciso momento que se le presenta la oportunidad de negocio. Piénsese, por ejemplo, en una situación en que no haya saldo suficiente disponible en la cuenta centralizadora. En este caso el coste de oportunidad es evidente. La sociedad acreedora no podría emprender un negocio que le reportaría a la sociedad y más concretamente a los socios una mayor

inmediato. Es de reconocer en este sentido que un modelo compensatorio así formulado favorece la anulación, o cuanto menos, la disminución de los costes de oportunidad, como también la maximización dual de intereses.

Realizadas estas observaciones, podemos volver de nuevo al estudio de los diferentes sistemas compensatorios propuestos por la doctrina que, según puede intuirse tras todo lo hasta aquí expuesto, discrepa en torno al grado de rigor o exigencia que han de presentar las ventajas compensatorias en sede de un grupo de sociedades.

Por un lado, la doctrina de la organización es partidaria de la corriente cualitativa¹⁴⁷, que aboga por un modelo compensatorio caracterizado por su flexibilidad. Ésta es la postura más extendida en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas, y como luego tendremos ocasión de comprobar, la que proviene de la destacada doctrina francesa *Rozenblum*, la incorporada recientemente en el ordenamiento italiano y la que actualmente figura en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015. De esta teoría destaca principalmente, como hemos avanzado, que se permite supeditar la compensación de un perjuicio a una ventaja

rentabilidad de la que al menos a corto plazo fueran a obtener por su pertenencia a un sistema de *cash pooling*.

Es evidente que el referido coste de oportunidad constituye un riesgo, pero en absoluto queremos manifestar con esto que la pertenencia de una sociedad a un modelo de *cash pooling* supone un obstáculo a la realización o satisfacción de su interés social. Todo lo contrario. Lo más frecuente es que la concentración de la tesorería resulte ventajosa no solo para el grupo en su conjunto sino también para cada una de las sociedades que lo forman, tanto por la reducción de costes financieros particulares que comporta el sistema de gestión como por la garantía de acceso de las sociedades miembro a la liquidez de la cuenta común en cualquier momento que lo requieran, claro que dentro de los límites estipulados en el contrato.

¹⁴⁷ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección de acreedores...*, cit., p. 173 y 174, y 178-184; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, "Interés de grupo y ventajas compensatorias...", cit., [versión digital]; IRACULIS ARREGUI, NEREA, "Estudio del concepto de interés del grupo...", cit., pp. 415 y 416; MÁRQUEZ LOBILLO, PATRICIA, "Alcance del deber de lealtad del administrador...", cit., pp. 457 y ss.

futura o previsible, o incluso a una que hubiera podido obtenerse con anterioridad a dicho perjuicio. También el hecho de que se permita valorar la compensación en base a criterios de coherencia, proporcionalidad, o racionalidad¹⁴⁸. En la medida que esta doctrina no busca una compensación actual sino una ventaja económica potencialmente realizable a medio o largo plazo, desde un análisis económico del Derecho parece encontrar su fundamento en el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks¹⁴⁹. De acuerdo con este criterio, la eficiencia es mayor cuando las ganancias obtenidas por la mayoría (en este caso, el grupo conjuntamente considerado) son superiores a las pérdidas soportadas por la minoría (los accionistas externos y los acreedores de las sociedades filiales)¹⁵⁰, incluso si éstos últimos no resultan inmediatamente compensados, sino que solo lo son potencialmente.

¹⁴⁸ Manifiesta el Tribunal Supremo que: *“En todo caso (las ventajas compensatorias) 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, en este caso, exclusivamente al administrador de la sociedad filial. Asimismo, han de resultar debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad de administrador demandado. El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder”*.

¹⁴⁹ KALDOR, NICHONAS, “Welfare Propositions and Interpersonal Comparison of Utility”, *Economic Journal*, September, London, 1938; HICKS, JOHN RICARD, “The Foundations of Welfare Economics”, *Economic Journal*, December, London, 1939; PETER STRINGHAM, EDWARD, “Kaldor-Hicks efficiency and the problema of central planning”, *Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 4., no. 2, pp. 41-50; FERNÁNDEZ DÍAZ, ANDRÉS/SALVADOR GARCÍA, MIRIAM, “Las nuevas dimensiones del estado de bienestar en el contexto de la crisis”, *Diario La Ley (Wolters Kluwer)*, *Actualidad Administrativa*, n 3, n. 1304/2017, marzo 2017, [versión online]: *“Hicks respalda a Kaldor al poner de relieve la importancia de la indemnización, aunque ello no implique siempre su pago efectivo”*;

¹⁵⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN, “Reglas de legitimación e impugnabilidad. El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 50/2017, [versión digital]: *“(se) contempla un supuesto afín al óptimo de Kaldor Hicks, donde se tutela un incumplimiento si el beneficio de la parte incumplidora es mayor que el coste de indemnizar a la parte cumplidora; o en otros términos, el coste de indemnizar al socio que impugna es menor que el beneficio del incumplimiento en términos de seguridad del acuerdo, estabilidad social (sin entrar en las rentas particulares de los socios de la mayoría)”*; BELTRÁN, EMILIO/ BELÉN CAMPUZANO, ANA, “El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado como hecho

La segunda corriente, la cuantitativa¹⁵¹, aboga por un sistema compensatorio mucho más exigente y riguroso que el anterior. Las compensaciones deben ser singulares y coetáneas a la producción de la desventaja, lo que requiere que dicha desventaja sea identificable o individualizada y cuantificable. Este modelo compensatorio es el que de algún modo se reconoció en el artículo 595 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que establecía un deber de los administradores de la sociedad dominada de expresar en la Memoria la causa y la cuantía del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y la cuantía y condiciones de pago de la compensación. Esta propuesta de norma fue criticada por la doctrina de la organización, o más concretamente, por la corriente cualitativa, al entender que en sede de un grupo de sociedades no puede supeditarse la legitimidad del interés del grupo a una compensación económica equivalente a la que una determinada sociedad habría obtenido en caso de no pertenecer al grupo, es decir, en caso de ser una sociedad independiente, porque ello supondría, según expresan, reconocer que el grupo no es una “estructura empresarial de riesgo”¹⁵².

conducente a la calificación culpable del concurso”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 29/2013, que en referencia a un supuesto de pagos selectivos defienden el criterio de Kaldor-hicks al manifestar que: *“No hay daño indemnizable porque el pago selectivo benefició más que perjudicó a los acreedores postergados pues de paralizarse la actividad en tal momento habrían recibido después menos. El criterio de Kaldor-Hicks subyacía ya en la teoría de la diferencia”, por la que no debemos fijarnos en la lesión del concreto crédito sino atender a la situación patrimonial del supuesto perjudicado antes y después del pago selectivo (v. SSTS 10-1-1979 Y 6-10-1982); o en la doctrina de la de la computación de beneficios (compensatio lucri damno) que obliga a considerar los efectos ventajosos que provienen del pago selectivo de determinados créditos urgentes (v. SSTS 15-12-1981 y 301/200, 8-5 (...))”*.

¹⁵¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp. 134 y ss.

¹⁵² EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, 2013, p. 63; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL “La regulación de los grupos en la propuesta de código de sociedades mercantiles”, *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 1, 2007, pp. 389-408.

Si bien es cierto que el grupo de sociedades, como también el *cash pooling*, constituye una estructura empresarial de riesgo, no por ello debe admitirse el reconocimiento o legitimidad de un interés de grupo incongruente con el interés social de las filiales y más concretamente, de unas ventajas compensatorias tan genéricas o flexibles que además de impedir la realización o maximización de aquellos intereses sociales, provoque una novación causal no consentida del contrato de sociedad, con las evidentes consecuencias que todo ello puede tener para los accionistas externos y para los acreedores sociales. Por todo ello, no nos parece en absoluto plausible aceptar, como ha expresado el Tribunal Supremo, que las actuaciones de la sociedad matriz no solo no vayan destinadas a maximizar los intereses de los miembros del grupo, sino que sus funciones tan solo se limiten a mantener su pervivencia, al señalar expresamente lo siguiente: *“la pervivencia de la sociedad filial es en todo caso un límite último al interés del grupo, en tanto que nunca puede estar justificada una actuación en beneficio del grupo que suponga poner en peligro la viabilidad y solvencia de la sociedad filial”*¹⁵³.

La corriente cualitativa de la compensación fue configurada seguramente con tanta elasticidad para poder ser aplicada tanto a grupos descentralizados como a otros altamente centralizados. En efecto, en éstos últimos, también denominados cualificados, existe un poder de dirección unitario tan intenso que ciertamente no permite identificar ni aún menos cuantificar la desventaja causada a alguno de los miembros. En este escenario, efectivamente, el sistema compensatorio estricto o cuantitativo resulta impracticable. No obstante, en nuestra opinión, los grupos cualificados constituyen un modelo de organización abusivo y antijurídico y desde este punto de vista, consideramos necesario rechazar ese razonamiento como causa para conceder tan amplia elasticidad al sistema compensatorio.

¹⁵³ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “Conflictos de interés en grupos de sociedades:...”, cit., p. 417; LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, “El difícil equilibrio de lealtades del órgano de administración de la sociedad filial y su grupo”, en en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 816 y 817, donde la autora, como el Tribunal Supremo, justifica que la despatrimonialización de la filial, como límite último al poder de dirección, constituye una protección real para la sociedad filial.

Realizada esta consideración, hemos de aclarar que en el escenario de grupos simples, en los que las sociedades filiales mantienen una verdadera integridad y autonomía y en los que por ende, resulta posible identificar y evaluar estrictamente las desventajas económicas, no creemos que haya excusa para aplicar la corriente cuantitativa de la compensación.

Más concretamente, en el ámbito de un contrato de *cash pooling*, como hemos visto más arriba, solo consta centralizada una parte de la función de la tesorería. Las sociedades filiales tienen una amplia autonomía, no hay una influencia dominante por parte de la sociedad *pooler*. Las filiales continúan realizando una parte importante de esa función, de modo que este sistema no da pie a un grupo de sociedades cualificado, sino más bien a un grupo de sociedades simple. Si esto es así, en defensa y protección de las sociedades filiales, creemos que sería más conveniente aplicar un sistema compensatorio estricto.

En este sentido, somos partidarios de que debería buscarse una solución similar a la contenida en el Derecho alemán para los grupos fácticos, concretamente en el § 311 AktG¹⁵⁴, que dispone que en ausencia de un acuerdo de dominación, una empresa dominante no podrá utilizar su influencia para inducir a otra sociedad dependiente a llevar a cabo una transacción que sea perjudicial para ella, salvo que se prevea una compensación contemporánea a la desventaja producida. Esta solución podría encontrarse en el propio artículo 230.2.III de la Ley de sociedades de capital que autoriza al órgano de administración a realizar una transacción

¹⁵⁴ § 311 AktG – *Schranken des Einflusses*. (1) Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden. (2) Ist der Ausgleich nicht während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt, so muß spätestens am Ende des Geschäftsjahrs, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ist der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch zu gewähren.

vinculada cuando pueda asegurarse la “inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social”¹⁵⁵.

En coherencia con esto, defendemos aquí, como lo hace la doctrina de la protección, que las ventajas compensatorias han de ser singulares, cuantitativas e inmediatas¹⁵⁶. En este sentido, en el marco de un *cash pooling*, lo propio es que la idoneidad del flujo ascendente de tesorería que una sociedad del grupo realice a la sociedad *pooler* se valore en función de las demás operaciones de tesorería que concurren entre las partes (sociedad *pooler* y demás sociedades del grupo) en ese mismo contexto. Ya sabemos en este sentido que en el marco de un contrato de *cash pooling*, las compensaciones son inmediatas¹⁵⁷. Recuérdese que las relaciones entre las partes se compensan de manera automática, figurando inmediatamente en el balance de la sociedad filial que realiza la transacción ascendente un derecho de cobro, lo que permite confirmar la coetaneidad de la compensación y por tanto, su idoneidad.

Acogiendo un sistema compensatorio con tales características más rigurosas, evitaríamos los temidos efectos negativos que el criterio de eficiencia de Kaldor-

¹⁵⁵ Véase a este respecto: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp. 137 y 138.

¹⁵⁶ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp. 141 y 142: “de la naturaleza estrictamente instrumental del interés del grupo se desprende que han de satisfacerse tres condiciones básicas: (i) que se trate de una medida singular o individualizable (no de una política general o sectorial del grupo); (ii) que el eventual perjuicio pueda ser determinado cuantitativamente (no de forma meramente cualitativa, cuya imperfecta justiciabilidad representa siempre una amenaza para los derechos de los socios); y (iii) que la compensación adecuada se preste en caja o en especie valorable económicamente de manera inmediata (es decir, coetánea a la adopción de la medida)”.

¹⁵⁷ A este respecto, señala PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., p. 142 que: “Naturalmente, para ello (la configuración de una compensación inmediata) no hace falta hacer efectivo al mismo tiempo el pago, basta con constituir o atribuir el derecho de cobro correspondiente (pertrechado en su caso con los oportunos intereses y garantías) para que pueda ser inscrito ipso facto en el activo del balance de la filial”.

Hicks puede desencadenar en los accionistas externos y acreedores de las sociedades filiales, para acoger en su lugar el criterio de eficiencia de Pareto¹⁵⁸, que busca que efectivamente los perjuicios sean actualmente compensados y no solamente con carácter potencial.

Podría configurarse de este modo un interés de grupo coherente con el interés social. De otra forma, es decir, adoptando un sistema compensatorio cualitativo en lugar de uno cuantitativo, se daría lugar a una novación causal no consentida del contrato de sociedad de la filial y consecuentemente, a un quebrantamiento de los principios generales del Derecho común. Esa novación causal del contrato de sociedad, que tiene por objeto la realización de un interés distinto al social, como es en este caso el interés de grupo, no debería ser posible salvo que así se contratase. Es así como lo ha establecido el Derecho alemán, que contrariamente a lo que suelen interpretar algunos autores a propósito del § 311 AktG, no legitima el interés de grupo ni las instrucciones de obligado cumplimiento, ya que solamente pueden encontrar reconocimiento o validez a través de la vía contractual.

Si no se ha pactado otra cosa, consideramos que el reconocimiento de un sistema compensatorio cuantitativo es una de las condiciones necesarias para que se permita sustituir la tutela de la sociedad filial basada en criterios de propiedad (los socios tienen derecho dada su posición accionarial a que los administradores ejerzan sus funciones siempre en protección del interés social), por una protección fundada en criterios de responsabilidad de los administradores. De este modo, los administradores de las sociedades filiales que han aprobado una decisión desventajosa para la sociedad en ausencia de una compensación estricta, deberán responder solidariamente junto con los administradores de la sociedad matriz que han provocado el daño.

¹⁵⁸ PARETO, VILFREDO, *Manuale di economia politica: con una introduzione alla scienza sociale*, Società editrice libraria, Milano, 1919; BAR, NICHOLAS, *Economics of the Welfare State*, Oxford University Press, 5th edition, Oxford, 2012; AMARTYA, SEN, "Markets and freedoms: Achievements and limitations of the market mechanism in promotion individual freedoms", *Oxford Economic Papers*, New series, Vol. 45, No. 4 (oct. 1993), pp. 519-541.

4.2. El falso obstáculo a la aplicación de la doctrina de las ventajas compensatorias.

Al respecto de la doctrina de las ventajas compensatorias, algunos autores han examinado las dificultades de aplicación que éstas pueden tener en nuestro ordenamiento jurídico. Conviene destacar la que figura en el artículo 1.686 del Código civil, que prohíbe la compensación del daño causado con los beneficios producidos por el socio¹⁵⁹. Este obstáculo o dificultad se ha salvado señalando que las ventajas compensatorias no constituyen una clase de *compensatio lucri cum danno*¹⁶⁰. Es decir, su naturaleza jurídica no consiste en la reparación de un daño, sino en el resarcimiento de una desventaja económica. Efectivamente, si la sociedad recibe una compensación en contrapartida de la desventaja sufrida, no puede hablarse de daño; éste solo puede tener lugar si ciertamente esa desventaja patrimonial no se reequilibra. Esto lo convierte, como se ha expresado en la doctrina, en un “falso problema”¹⁶¹.

4.3. Las ventajas compensatorias en el Derecho proyectado español.

La doctrina de las ventajas compensatorias ya se contenía en el borrador del Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles, que facultaba a la sociedad matriz a impartir instrucciones vinculantes a los administradores de las sociedades dependientes en interés del grupo, aunque la ejecución de las mismas pudiera

¹⁵⁹ Artículo 1686 del Código Civil: “*Todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado*”.

¹⁶⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Comentario al artículo 1686 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, vol. II, pp. 1427 y 1428; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARIA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 156, lo considera como una simple contraprestación en lugar de una reparación de daño causado.

¹⁶¹ Así lo han calificado FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección de acreedores...*, cit., p. 160; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARIA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 160.

ocasionar algún daño a la sociedad que las recibiera y acatara (art. 595 del PCSM)¹⁶². En estas circunstancias, los administradores de las sociedades filiales habrían de determinar la cuantía del perjuicio ocasionado a la sociedad, al tiempo que la sociedad matriz habría de satisfacer a la sociedad perjudicada una compensación adecuada. Esta regulación, sin embargo, como hemos adelantado más arriba, fue objeto de debate y crítica ya que formulaba un sistema compensatorio cuantificable, específico y riguroso¹⁶³.

Más tarde, el ya referido Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, pendiente actualmente de aprobación por las Cortes Generales, se ha esforzado en regular un amplio Derecho de grupos que además de legitimar, como hemos visto, el interés del grupo (art. 291-9.1) y las instrucciones vinculantes (art. 291-9.2), reconoce también la doctrina de las ventajas compensatorias, como una suerte de mecanismo para contrarrestar los posibles perjuicios que la ejecución de aquellas instrucciones pudiera ocasionar a las sociedades dependientes. En este sentido, se exige a la sociedad dominante, abonar la determinada compensación en el plazo máximo de un año desde la fecha de la instrucción (art. 291-11-1)¹⁶⁴ y a la sociedad dependiente, expresar en el informe de gestión, la causa y en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado, así como las condiciones de la compensación (art. 291-11.2)¹⁶⁵. Se trata de compensar las desventajas

¹⁶² Artículo 595 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles: “1. En el caso de que se ocasionen algún perjuicio a la sociedad dominada por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, esta deberá abonar a aquella una compensación adecuada. 2. Los administradores de la sociedad dominada deberán expresar en la Memoria la causa y cuantía del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y la cuantía y condiciones de pago de la compensación”.

¹⁶⁴ Artículo 291-11.1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: “En el caso de que se cause algún perjuicio a la sociedad dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, éste deberá compensar adecuadamente a aquélla en el plazo máximo de un año. Si el perjuicio fuera objetivamente previsible, el plazo de un año se contará desde la fecha de la instrucción”.

¹⁶⁵ Artículo 291-11.2 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: “En el informe de gestión de la sociedad dependiente se expresarán la causa y, en su caso, la cuantía real o

económicas provocadas a una empresa del grupo con las ventajas que ésta pueda obtener precisamente por pertenecer a dicho modelo de organización (art. 291-10)¹⁶⁶. Se configura de este modo un sistema compensatorio cualitativo.

4.4. La doctrina de las ventajas compensatorias y la sentencia 695/2015 de 11 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo introduce por primera vez en la ya citada sentencia 695/2015 de 11 de diciembre de 2015 la doctrina de las ventajas compensatorias. Una cuestión trascendental en este procedimiento es que tanto el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, como la Audiencia Provincial de Barcelona, como el Alto Tribunal Supremo reconocen expresamente en sus respectivas sentencias la doctrina de las ventajas compensatorias como una suerte de equilibrio o solución entre el interés del grupo y el interés particular de cada sociedad filial, que hace posible el correcto funcionamiento de la unidad empresarial, sin producirse por ello, como se expone en la sentencia, un *“expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social”*.

El Tribunal ha configurado las ventajas compensatorias, como sabemos, en base a un sistema cualitativo¹⁶⁷. Estas ventajas, según manifiesta el Tribunal, han de atender a unas condiciones. En primer lugar, por lo que se refiere al tiempo, *“las*

estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación”.

¹⁶⁶ Artículo 291-10 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: *“La existencia del perjuicio a la sociedad dependiente, por ejecución de instrucciones de los administradores de la sociedad dominante deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo”*.

¹⁶⁷ A favor de la doctrina de las ventajas compensatorias, basada en términos cualitativos, que formula el Tribunal Supremo, puede verse, entre otros trabajos más: EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *“Interés de grupo y ventajas compensatorias...”*, cit., [versión digital]; IRACULIS ARREGUI, NEREA, *“Estudio del concepto de interés del grupo...”*, cit., pp. 415 y 416; MÁRQUEZ LOBILLO, PATRICIA, *“Alcance del deber de lealtad del administrador...”*, cit., pp. 457 y ss.

ventajas compensatorias no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores a la producción del daño, sino que también pueden ser previas". En segundo lugar, en cuanto a su comprobación, éstas "deben ser verificables, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a sinergias o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real". En tercer lugar, en cuanto a su fondo, las ventajas han de estar dotadas de "un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad, en este caso, exclusivamente al administrador de la sociedad filial". Y por último, en cuarto lugar, han de resultar "debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad del administrador demandado. El argumento del interés del grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder".

En nuestra opinión, estas condiciones, en la medida que aprueban la configuración de ventajas previas o futuras, se basan en criterios generales de proporcionalidad, y tienen como objetivo final proteger la pervivencia de la sociedad en lugar de maximizar sus intereses, deberían considerarse contrarias al Derecho positivo ya que provocan una novación causal no consentida del contrato de sociedad y un cambio en los deberes fiduciarios de los administradores. Esto permite al intérprete cuestionarse si el Tribunal, con el reconocimiento de un sistema compensatorio cualitativo, no habría cometido el error de reconocer, en contradicción con su esfuerzo por mantener la protección de los intereses de las sociedades miembro, un interés de grupo superior y distinto del interés social.

4.5. El sistema compensatorio en el Derecho comparado.

En Francia, el artículo 242-6.3 del *Code de Commerce*¹⁶⁸, en el marco de las infracciones relativas a la dirección y a la administración, sanciona con pena de prisión de hasta cinco años a los administradores de una sociedad que utilicen los bienes o el crédito de la misma de mala fe, con pleno conocimiento de que esa actuación es contraria al interés social, y para fines personales o para favorecer a otra sociedad en la que estén interesados directa o indirectamente. Desde este punto de vista, los tribunales franceses han creado una doctrina que persigue evitar la mencionada sanción penal a través de la legitimación del interés del grupo y de las ventajas compensatorias. Merecen especial mención dos casos. Por un lado, el *Tribunale di Parigi*, en el conocido caso *affaire Willot*, sostuvo que es posible excluir la aplicación de la normativa penal si con la operación intragrupo, realizada en interés del propio grupo, se logra un equilibrio o mantenimiento de esa política global, aunque para ello haya de sustituirse provisionalmente el interés social de las distintas empresas que lo integran. Por otro lado, hay que destacar la sentencia dictada por la *Chambre pénale* de la *Cour de Cassation* de 4 de febrero de 1985, también conocida como *Arrêt Rozenblum*¹⁶⁹. Los hechos del caso son los siguientes: se trata de una serie de empresas pertenecientes y administradas todas ellas por el Sr. *Rozenblum*. Este señor, en el contexto de un concurso de acreedores entre las empresas insolventes, decide distraer fondos de una a otra, por lo que fue condenado por un delito penal de administración desleal. Lo relevante de la sentencia es que toma como criterios el interés del grupo y la política de dirección unitaria, como instrumentos tuitivos de la conducta del administrador. Como novedad, la sentencia introduce los caracteres que deben

¹⁶⁸ El artículo L242-6 de la Sección 2 sobre las infracciones relativas a la dirección y a la administración dispone en el número 3 que: “*Est puni d’ un emprisonnement de cinq ans et d’ une amende de 375 000 euros le fait pour: 3. Le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d’ unes société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu’ils savent contraire à l’ intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement*”.

¹⁶⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 4 février 1985. N. de pourvoi: 84-91581.

cumplirse para que la política unitaria no se considere abusiva o desleal. Las condiciones son tres. La primera es la efectiva existencia de un grupo de sociedades jerárquico, esto es, con control accionario, que según establece la sentencia, se fundamenta en un interés económico, social y financiero comunes. Este Tribunal no apreció en el caso el cumplimiento de esta circunstancia al considerar que las empresas tenían objetos sociales muy dispares y que la propiedad de los derechos políticos de todas ellas no era suficiente para apreciar la existencia de un grupo. La segunda condición es la que introduce la doctrina de las ventajas compensatorias. En este sentido, se trata de valorar si las desventajas que pueda sufrir una empresa filial en un momento dado por formar parte de un grupo pueden compensarse a largo plazo por la misma circunstancia de pertenecer al perímetro de un grupo. La compensación a largo plazo tiene matices porque no cabe esperar su cumplimiento en términos hipotéticos o más o menos previsibles, sino que ha de poder demostrarse de forma efectiva. Fue ésta la razón que llevó a la *Cour de Cassation* a desestimar este presupuesto en el caso *Rozenblum*. La tercera condición se concreta en la circunstancia de que el perjuicio que sufre una empresa no debe impedirle, en ningún caso, cumplir con sus obligaciones frente a terceros; condición que tampoco tuvo lugar en este supuesto.

En Italia, el *Codice civile* establece en su artículo 2.497¹⁷⁰ que no existe responsabilidad del administrador cuando el daño es inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación o bien es íntegramente eliminado como consecuencia de operaciones dirigidas a este fin. Asimismo, la Legge 3 ottobre 2001, n. 366, contempla una exoneración de responsabilidad a los administradores, directores generales y liquidadores que hubieran causado un daño a los intereses de la sociedad si éste fuere compensado

¹⁷⁰ Articolo 2497 Codice civile: “*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell’ interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’ attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*”.

con una ventaja que puede ser razonablemente previsible, derivada de la simple pertenencia al grupo¹⁷¹.

El ordenamiento alemán, contrariamente a lo que suelen interpretar gran parte de los autores, no reconoce expresamente el interés de grupo ni las instrucciones de obligado cumplimiento, sino que tan solo los legitima en la medida que exista entre las partes un contrato de grupo, y los perjuicios se compensen durante la vigencia del contrato (§ 302 y § 308 AktG¹⁷²). De forma opuesta a los grupos contractuales,

¹⁷¹ Legge 3 ottobre 2001, n. 366, art. 11. 1.a.12): “1. La riforma della disciplina penale delle società commerciali e delle materie connesse è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere i seguenti reati e illeciti amministrativi: 12) infedeltà patrimoniale, consistente nel fatto degli amministratori, direttori generali e liquidatori, i quali, in una situazione di conflitto di interessi, compiendo o concorrendo a deliberare atti di disposizione dei beni sociali al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, ovvero altro vantaggio, intenzionalmente cagionano un danno patrimoniale alla società; estendere la punibilità al caso in cui il fatto sia commesso in relazione a beni posseduti od amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale; specificare che non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo; prevedere la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e la procedibilità a querela.”

¹⁷² § 302 Aktiengesetz – Verlustübernahme: “(1) Besteht ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind. (2) Hat eine abhängige Gesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens dem herrschenden Unternehmen verpachtet oder sonst überlassen, so hat das herrschende Unternehmen jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht“.

§ 308 Aktiengesetz - Leitungsmacht: “(1) Besteht ein Beherrschungsvertrag, so ist das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand der Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. 2Bestimmt der Vertrag nichts anderes, so können auch Weisungen erteilt werden, die für die Gesellschaft nachteilig sind, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dienen. (2) Der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen. Er ist nicht berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, weil sie nach seiner Ansicht nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen dient, es sei denn, daß sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient. (3) Wird der Vorstand angewiesen, ein Geschäft vorzunehmen, das nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats der

en los fácticos, una empresa dominante no puede inducir a otra sociedad dependiente a llevar a cabo una transacción que sea perjudicial para ella, salvo que se prevea una compensación contemporánea a la desventaja producida (§ 311 AktG¹⁷³).

5. La dirección unitaria, las instrucciones vinculantes y los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades dependientes.

En este punto de la investigación conviene preguntarnos qué alcance tiene el poder de dirección unitaria y más concretamente, si puede reconocerse en la sociedad matriz o *pooler* un poder de mando imperativo que permita dictar a las sociedades participantes instrucciones vinculantes o de obligado cumplimiento.

Para atender a esta cuestión, resulta interesante recurrir de nuevo a la doctrina de la protección que postula que el poder de dirección unitaria, al igual que el interés de grupo, constituye un poder fáctico del que no puede colegirse más poder que el que corresponde a la sociedad matriz o *pooler* en su condición de titular de la mayoría de capital¹⁷⁴. Este poder se concreta en el artículo 161 de la Ley de

Gesellschaft vorgenommen werden darf, und wird diese Zustimmung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erteilt, so hat der Vorstand dies dem herrschenden Unternehmen mitzuteilen. Wiederholt das herrschende Unternehmen nach dieser Mitteilung die Weisung, so ist die Zustimmung des Aufsichtsrats nicht mehr erforderlich; die Weisung darf, wenn das herrschende Unternehmen einen Aufsichtsrat hat, nur mit dessen Zustimmung wiederholt werden”.

¹⁷³ § 311 Aktiengesetz -Schranken des Einflusses: “(1) Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden. (2) Ist der Ausgleich nicht während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt, so muß spätestens am Ende des Geschäftsjahrs, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ist der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch zu gewähren”.

¹⁷⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp. 55 y ss., especialmente en las pp. 56 y 57 establece que: “El poder de dirección –como

sociedades de capital¹⁷⁵, que faculta a la junta general para impartir instrucciones vinculantes sobre determinados asuntos de gestión al órgano de administración, y los administradores no pueden abstenerse de cumplirlas salvo que adviertan una patente ilegalidad o contrariedad al interés social.

En el sentido de esta norma, para que una particular instrucción sea vinculante no basta con que haya sido acordada por los accionistas mayoritarios, sino que es necesario que se hubiera adoptado en la junta general, en cumplimiento de los requisitos legales de mayorías y quórum de constitución que correspondan. Esto permite a los accionistas minoritarios obtener información sobre la operación, intervenir en la toma de la decisión, expresar su visión sobre el asunto, y reaccionar ante los abusos de los accionistas de control.

Ésta constituye la razón principal por las que no puede afirmarse, como suele hacer la doctrina de la organización, que en virtud del artículo 161, la sociedad matriz está facultada para dictar instrucciones de obligado cumplimiento a las

suelen decir los tratadistas alemanes- es parte del Faktizitätsprinzip. Es un mero poder de hecho. Jurídicamente, es indudable que la matriz goza de prerrogativas legales que le permiten tener un influjo decisivo sobre la sociedad dependiente, pero eso no significa otra cosa que, en su condición de titular de la mayoría de capital (o de otros recursos contractuales o personales idóneos para ello) pueda nombrar la mayoría de los administradores (arts. 314 y 243 LSC), dictar instrucciones en la junta (art. 161LSC) y hacer uso de otros derechos y facultades que tiene cualquier socio mayoritario”.

¹⁷⁵ Artículo 161 de la Ley de sociedades de capital. Intervención de la junta general en asuntos de gestión: “Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrán impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234”. Un comentario a este artículo puede verse en: PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *El deber de los administradores de...*, cit., pp. 37 y 38; ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO, “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (Coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1209-1217; VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 387-393; RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 51-63.

sociedades filiales¹⁷⁶. El mandato individual de los socios de control no puede sobreponerse al mandato colectivo de los socios reunidos en junta¹⁷⁷. Puede comprenderse desde este punto de vista que la disposición referida está pensada para ser aplicada a sociedades individualmente consideradas o en todo caso a grupos planos, pero en ningún caso a grupos de sociedades con estructura vertical.

Este argumento permite excluir la tesis que admite el mandato imperativo o vinculante de los socios de control en el escenario de un grupo de sociedades para reconocer otra en cuya virtud, los administradores de las sociedades filiales únicamente se encuentran legitimados para obedecer las órdenes de la matriz en la medida que las consideren ajustadas y satisfactorias para los intereses de la sociedad que administran.

En este sentido, podemos aceptar sin cortapisas que aunque la instrucción dada por la sociedad matriz o *pooler* no sea ilegal o manifiestamente contraria al interés social, puede que no sea satisfactoria al mismo, de modo que el administrador de la sociedad filial, que tiene el deber de actuar de buena fe y en el mejor interés de la sociedad que administra, si observa que la instrucción dada por la sociedad matriz o sociedad *pooler* (que ha de disponer de la mayoría de los votos en la junta

¹⁷⁶ Véanse, entre otros, FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección de acreedores...*, cit., pp. 123-126; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARIA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 364 -366.

¹⁷⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., p. 178: “Finalmente, me detengo un instante sobre la facultad de la junta de dictar instrucciones vinculantes en materia de gestión (ahora reconocida sin cortapisas por el art. 161 LSC tanto en el ámbito de la sociedad limitada como de la anónima). Lo hago porque esta previsión, como es archisabido, constituye una de las bazas fuertes que suele guardarse la doctrina de la organización para la defensa o justificación positiva de sus tesis del mandato imperativo, que hemos rechazado y sustituido por la tesis del mandato natural. El art. 161 LSC sería expresión de la posición subalterna de los administradores respecto de los accionistas y, especialmente en materia de grupos, pondría en cuestión el dogma de la independencia tornando virtualmente inútil la pretensión de negar la potestad de instruir de la matriz. El argumento, sin embargo, está lejos de conseguir sus objetivos. Yerra conceptualmente porque hace colapsar la distinción fundamental entre mandato colectivo (instrucciones del conjunto de los socios) y mandato individual (instrucciones del socio de control), sólo admisible, como fácilmente se comprende, en el ámbito de los grupos planos”.

general) no es instrumental al interés social, sino que únicamente va dirigida a satisfacer el interés de grupo, debe negarse a acatarla¹⁷⁸.

Solo dentro de este marco, la matriz podrá desarrollar las funciones de gobernanza para llevar a cabo la coordinación del grupo. El reconocimiento de un mandato cuyo contenido fuera más allá de los límites señalados colisionaría, por un lado, con el deber de lealtad general previsto en el artículo 227 de la Ley de sociedades de capital¹⁷⁹, en virtud del cual los administradores han de desempeñar el cargo de

¹⁷⁸ Desde este punto de vista, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp. 56 y ss., y pp. 153 y 154, aboga por el rechazo del mandato imperativo y por la adopción de un mandato natural. En la p. 57 establece que “(...) de ello no puede deducirse que la sociedad matriz esté obligada a dirigir las sociedades filiales ni tampoco que esté legitimada para hacerlo imponiendo legalmente su voluntad más allá del radio de acción de aquellas prerrogativas legales”, así como en la p. 58: “(...) no puede reconocerse un poder legal de dirección unitaria y por ende que tampoco puede reconocerse o darse carta de naturaleza a la tesis del mandato imperativo, que postula la facultad de la matriz de dictar instrucciones vinculantes y el correlativo deber de los administradores de la filial de acatarlas”, y en la p. 154, donde concluye el autor que: “La tesis del mandato natural permite orillar los obstáculos mencionados y, al propio tiempo, configurar el grupo como organización híbrida entre la empresa y el mercado, entre la integración y la no integración. El mandato natural constituye en efecto el instrumento logístico a través del cual la matriz desarrolla sus funciones de gobernanza –las que en su momento denominé función de intermediación y la función de supervisión- que hacen posible la coordinación del grupo”.

¹⁷⁹ Artículo 227 de la Ley de sociedades de capital: “1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad”; VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 597 y ss.

Para un estudio más detallado sobre los deberes fiduciarios de los administradores, especialmente del deber de lealtad, véase: SARAZÁ JIMENA, RAFAEL, “Jurisprudencia sobre el deber de lealtad de los administradores sociales”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 789-801; GARCÍA COMPANYS, ANNA, “El deber de lealtad de los administradores: una aproximación desde el análisis económico del derecho”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 771-801; LLEBOT MAJÓ, ORIOL, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/ ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL (Dir.)/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN (Coord.), La

buena fe y en el mejor interés de la sociedad; y por otro lado, con el artículo 228.d) de la Ley¹⁸⁰ que expresamente indica que los administradores, en el ejercicio de sus funciones, no están sujetos a las “*instrucciones y vinculaciones de terceros*”, sino solamente legitimados para atenderlas si de buena fe consideran que las mismas son coherentes con los intereses de la sociedad filial; en todo caso bajo el riesgo de incurrir en responsabilidad personal en virtud del artículo 236.2 de la Ley, que dispone que los administradores no quedarán exonerados de responsabilidad por

responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 21- 63; LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, “El difícil equilibrio de lealtades...”, cit., pp. 805-810; GARNACHO CABANILLAS, LOURDES, “Deber de lealtad: órgano de administración versus socios”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 833-850; PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO JOSÉ, “El papel del administrador desde la perspectiva de los conflictos societarios. Los deberes de los administradores”, en ORTEGA BURGOS, ENRIQUE (dir.)/ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, MARÍA/ GARCÍA MARRERO, JAVIER/ GARCÍA-VILLARRUBIA, MANUEL (coord.), *Tratado de conflictos societarios*, pp. 323-366; PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *El deber de los administradores de...*, cit., pp. 25-39; VICENÇ RIBAS, FERRER, *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Tesis doctoral dirigida por Luis Javier Cortés Domínguez, Universitat Autònoma de Barcelona, 2005.

¹⁸⁰ Artículo 228 de la Ley de sociedades de capital: “*En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros*”. MEJÍAS LÓPEZ, JAVIER, “Deber de independencia de consejeros y...”, cit., pp. 852 y ss. establece que el “deber de independencia expresado con carácter general se manifiesta particularmente en cualquier decisión en la que pueda promoverse un interés social, sin importar cómo se manifiesta particularmente en cualquier decisión en la que pueda promoverse un interés que presente conflicto con el interés social, sin importar cómo se manifieste dicho conflicto en el seno del órgano de administración, sino únicamente el potencial riesgo de la relación de los administradores con el interés extrasocial”. Seguidamente indica que el art. 228.d) LSC contempla tres elementos que componen la independencia del administrador “*responsabilidad personal, instrucciones de terceros, y vínculos con terceros*”.

Así, en el particular contexto de los grupos de sociedades, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., p. 153 que: “*La obligación de acatar las instrucciones de la matriz es de todo punto incompatible con el deber de independencia y la responsabilidad personal de los administradores de las sociedades filiales (art. 228.d) LSC (...)*”.

“la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”¹⁸¹.

¹⁸¹ Es interesante a este respecto la reflexión que hace RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, cit., pp. 59-63. El autor pondera dos normas que parecen excluyentes. Se trata de los artículos 161 y 236.2 de la Ley de sociedades de capital. Por el primero, los administradores de la sociedad están obligados a cumplir las instrucciones emitidas por la junta general, mientras que por el segundo, se impide a los administradores exonerarse de responsabilidad amparándose en una decisión de la junta general. Considera el autor que aquí debe prevalecer la obligación de los administradores de obedecer las órdenes de la junta general. Significa esto que si en virtud del art. 161, los administradores no pueden tomar decisiones de carácter empresarial o estratégico sobre la empresa, sino que han de obedecer las instrucciones dadas por la junta general, es justo reconocer que los administradores, al acatarlas, aunque luego resulten perjudiciales para la sociedad, no habrán incumplido su deber de diligencia (art. 225 LSC), ya que no habrán tenido la oportunidad de actuar de manera negligentemente. Desde este punto de vista, el artículo 236.2 resulta inaplicable. Así se establece en la p. 61: *“La conclusión es clara: el acuerdo de la junta no les exonera de responsabilidad; sucede simplemente que, siendo de obligada ejecución, falta un elemento en el que pueda sustentarse el deber de resarcir un daño cuya causación no les es imputable. Pero si los administradores no pueden elegir, tampoco pueden haber actuado negligentemente si la decisión a posteriori se demuestra equivocada. Y tampoco se les puede hacer responsables por actos que no les son imputables. Estando los administradores obligados a ejecutar las instrucciones que recibieron y habiendo quedado privados del poder discrecional que la ley les reconoce para gestionar, no se les puede imputar una responsabilidad por daños que ellos no causaron. La diligencia en la gestión supone libertad de elegir entre varias alternativas. Si los administradores no deciden, no pueden acertar o errar. En realidad, ni siquiera se les puede reclamar que las decisiones empresariales o estratégicas adoptadas cumplan los requisitos en los que se sustentaría la diligencia debida (artículo 226 LSC)”*. En este sentido, el artículo 236.2 tan solo resultará aplicable en situaciones en las que los administradores de la sociedad hubieran obedecido instrucciones que vulneran obligaciones penales o administrativas, contrarias al orden público, si causan daños a terceros, o contrarias a la ley, los estatutos o al interés social.

Esta tesis nos parece acertada, pero como hemos apuntado más arriba, solo resulta aplicable a sociedades individualmente consideradas o a grupos planos. En el escenario de un grupo de sociedades vertical, esta tesis resulta inaplicable. El art. 161 no puede utilizarse para defender que la sociedad matriz (esto es, los socios de control) está facultada para dictar instrucciones vinculantes y de obligado cumplimiento a las sociedades filiales. Es decir, el mandato imperativo solo está justificando cuando deriva de una decisión acordada en junta general y en cumplimiento de los requisitos de mayoría y quórum correspondientes, pero en ningún caso de una decisión individual de los socios de control.

Así las cosas, corresponde a los administradores de la sociedad filial valorar y decidir si la indicación o directriz de la sociedad matriz o *pooler*, encaminada a satisfacer el interés del grupo, resulta asimismo satisfactoria para el interés social¹⁸²; y en caso de que la determinada medida no se ajustara al interés social, también corresponderá a los administradores de la sociedad filial valorar si aceptan una compensación en contrapartida, y en su caso, el alcance que ha de tener. De este modo, cabe la posibilidad de que el administrador de la sociedad filial acate determinada instrucción de la sociedad matriz porque considere que es idónea para satisfacer los intereses de la sociedad que administra, o siendo perjudicial, se asegure que podrá obtener una compensación que, tal y como hemos mencionado más arriba, sea completa, inmediata y cuantitativa, así como suele ocurrir en el contexto de un contrato de *cash pooling*. Todo ello en el sentido del artículo 230.3, que permite dispensar la prohibición de no competir con la sociedad cuando “*no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa*”, y del ya referido artículo 230.2.III, que exige asegurar “*la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social*”¹⁸³.

Así, desde un punto de vista positivo, lo que resulta determinante para enjuiciar si el administrador ha cumplido con el deber de lealtad es que la decisión adoptada, aun habiendo sido motivada o inducida por la sociedad matriz, sea la que debiera

¹⁸² En sentido contrario, VALMAÑA CABANES, ANTONIO, “Contrato de cash pooling y responsabilidad...”, cit., p. 16, donde dispone que el administrador de una sociedad perteneciente a un sistema de cash pooling “*está en una posición ciertamente complicada, ya que no puede oponerse a las directrices que haya recibido de la matriz, porque ello (citando a GIRARDO PERANDONES, PABLO) “iría no solo en contra de la realidad de las instrucciones impartidas desde la dirección del grupo sino también contra el reconocimiento de su propia legitimidad, es decir, el derecho de la dominante de impartir instrucciones a sus filiales en virtud del interés de grupo que emana de la dirección unitaria”*. Así pues, el administrador no tiene alternativa y, si desde el seno de la dirección unitaria del grupo se decide optar por el contrato de cash pooling, deberá hacer lo pertinente para que la sociedad que administra participe correctamente en el mismo, aun cuando ello le suponga situarse en una posición de riesgo”.

¹⁸³ VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 600 y ss.

esperarse del administrador diligente de una sociedad independiente (criterio denominado en la práctica empresarial como *business Independence*), en el sentido del artículo 230.2.III de la Ley de sociedades de capital¹⁸⁴. Pero no, como postula la doctrina de la organización, la que cupiera deducir de determinados enunciados fácticos pero no normativos como son el interés de grupo o la dirección unitaria formulada en términos imperativos.

En definitiva, los administradores deben poder desempeñar, como suele expresarse en términos económicos, las funciones propias de un *gatekeeper* o guardabarreras¹⁸⁵, que en este caso se traduce en la asunción de una posición

¹⁸⁴ Artículo 230.2.III de la Ley de sociedades de capital: “En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso”. También el Derecho alemán ha reconocido el criterio del administrador independiente en el § 317 AktG - Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter: “(2) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte”.

En torno a esta cuestión, véase: En este mismo sentido se ha pronunciado PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., pp.126 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *El deber de los administradores de...*, cit., pp. 56 a 58, especialmente en las pp. 74-78.

¹⁸⁵ COFFEE JR, JOHN C., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, 2006, pp. 1 y ss.: “The term *gatekeeper* has been used in many different settings across the social sciences, usually in ways that are more metaphorical than precise. Typically, the term connotes some form of outside or independent watchdog or monitor – someone who screens out flaws or defects or who verifies compliance with standards or procedures. Within the corporate context, the prior academic commentary has usually used the term *gatekeeper* to mean an independent professional who plays one of two distinct roles, which tend to overlap in practice. First, the *gatekeeper* may be a professional who is positioned so as to be able to prevent wrongdoing by withholding necessary corporation or consent. (...) However, defining *gatekeepers* simply in terms of their capacity to veto or withhold consent misses what is most distinctive about the professionals who serve investors in the corporate context. Thus, a second and superior definition of the *gatekeeper* is an agent who acts as a reputational intermediary to assure investors as to the quality of the signal sent by the corporate issuer”; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 164 y 165: “*Gatekeeper* o guardabarreras es una expresión que se ha difundido en la literatura económica para identificar una especial estrategia de

jurídica de independencia en sus actuaciones, encaminada a la realización de los intereses de la sociedad que administran. Estos criterios de independencia y de *gatekeeper*, como medidas de protección o *enforcement* de los accionistas externos, son los que a nuestro juicio han de tomarse como referencia para valorar las decisiones concernientes a la celebración de un contrato de *cash pooling*.

No obstante, dicha independencia del administrador en sus funciones decisorias no debería suponer una presunción de diligencia. Recuérdese a estos efectos que la decisión de celebrar un contrato de *cash pooling*, en la medida que comporta una serie de transacciones entre personas especialmente relacionadas, indudablemente genera una situación de conflicto de interés. Precisamente desde este punto de vista, creemos, como señalábamos más arriba, que el administrador de la sociedad filial no quedará amparado o beneficiado por la regla de la discrecionalidad empresarial en el ejercicio de sus decisiones, sino que sus actuaciones deben enjuiciarse sin limitaciones. De lo contrario, la indefensión de los accionistas externos sería prácticamente absoluta, y la exoneración de responsabilidad de los administradores estaría garantizada casi con total seguridad.

enforcement o realización del derecho. La estrategia consiste en imponer sanciones o exigir responsabilidades a partes privadas que, por su función transaccional, están en condiciones de detener o interrumpir conductas no ajustadas a derecho por una vía muy expedita, simplemente mediante la denegación de su cooperación. (...) Hay varias condiciones que deben reunirse para asegurar mínimamente la eficacia de este peculiar mecanismo de enforcement, de las cuales ahora destaco solamente dos. La primera es obvia: tiene que haber un guardián y una puerta que guardar: un servicio que resulte conveniente necesario al posible infractor para conseguir su objetivo y una persona que esté en condiciones de denegar ese servicio. Aquí lo tenemos, porque los poderes de gestión y representación de la filial están atribuidos a sus administradores, sin cuya intervención nada puede hacer la matriz. La segunda es que el ordenamiento pueda inducir al gatekeeper a prevenir las infracciones a un coste razonable”.

5.1. Los flujos de información en el contrato de *cash pooling*.

a) Flujo de información de los administradores de la sociedad matriz o *pooler* a los administradores de las sociedades filiales, y el derecho- deber de información de los administradores de las sociedades filiales.

Los administradores de la sociedad matriz o *pooler* normalmente trasladan a los administradores de las sociedades filiales determinada información sobre la estrategia del grupo, así como determinados objetivos y previsiones. Con este flujo informativo se transfieren una serie de indicaciones a las sociedades filiales que tienen como finalidad, la coordinación del grupo y la búsqueda de economías de escala. Insistimos, no obstante, que los administradores de las filiales no están sujetos a estas indicaciones en la medida que son “instrucciones y vinculaciones de terceros” (art. 228. d) LSC), salvo que así lo hayan pactado contractualmente.

b) Flujo de información de los administradores de las sociedades filiales a los administradores de la sociedad matriz o *pooler*.

Más relevante resulta ahora referirnos al flujo de información realizado por parte de los administradores de la sociedad filial a los de la sociedad matriz o *pooler*, que como hemos apuntado en repetidas ocasiones, resulta fundamental para lograr la coordinación en el grupo y el correcto ejercicio de la función de la gestión de tesorería.

Hemos de plantearnos en este sentido si los administradores de las sociedades filiales están obligadas a transferir a la sociedad *pooler* cualquier información que ésta última le requiera. Para abordar esta cuestión conviene recordar que desde el punto de vista legal, el órgano de administración de las sociedades filiales tiene la obligación de no secundar las instrucciones impartidas por la matriz o sociedad *pooler* que estén en condiciones de quebrantar sus deberes fiduciarios de diligencia y lealtad, debiendo por tanto rechazar todas las ordenes que no sean lícitas, resulten insatisfactorios para los intereses de las sociedades que administran, y/o sobrepasen los límites impuestos por el poder de dirección

unitaria, de lo contrario, como hemos visto, los administradores incurrirían en responsabilidad frente a la sociedad.

Dicho esto, es importante apuntar que el deber de secreto de la información (art. 228. b) LSC)¹⁸⁶, junto con el deber de igualdad de trato de los socios (arts. 97 y 514 LSC)¹⁸⁷, toda vez que constituye un deber fiduciario, ha de comprenderse como una actuación facultativa y no imperativa del consejo de administrador. Es decir, los administradores de las sociedades filiales están legitimados para realizar ese transvase de información, pero no están obligados a compartir más información que la estrictamente necesaria para cumplir determinados deberes de publicidad, como puede ser el correspondiente a la consolidación de cuentas que establece el artículo 42 del Código de Comercio¹⁸⁸. En definitiva, en todo nuestro ordenamiento

¹⁸⁶ Artículo 228 de la Ley de sociedades de capital – Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: *“En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera”*.

¹⁸⁷ Artículo 97 de la Ley de sociedades de capital. Igualdad de trato: *“La sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas”*; Artículo 514 de la Ley de sociedades de capital. Igualdad de trato: *“Las sociedades anónimas cotizadas garantizarán, en todo momento, la igualdad de trato de todos los accionistas que se hallen en la misma posición, en lo que se refiere a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general. En particular, deberán dar cobertura a los requisitos de accesibilidad de las personas con discapacidad y personas mayores que garanticen su derecho a disponer de información previa y los apoyos necesarios para ejercer su voto”*.

¹⁸⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?...*, cit., p. 157: *“(...) la comunicación de información se sitúa en la esfera de la legitimación –no en la esfera de la obligación– de los administradores de la filial”*; SARAZÁ JIMENA, RAFAEL, *“Jurisprudencia sobre el deber de lealtad de los administradores sociales”*, cit., p. 798: *“El deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios. No es lo mismo, por ejemplo, un accionista que un competidor. El deber de confidencialidad no lo adquiere el administrador con el órgano de administración, sino con la sociedad cuyos intereses pueden exigir que se desvelen acuerdos confidenciales e incluso que se impugnen o, dicho de otro modo, el deber de confidencialidad debe enmarcarse dentro de la lealtad a la sociedad que pueda exigir se desvelen informaciones cuya ocultación precisamente puede ser perjudicial para los intereses de la sociedad. Cuando quien observa un determinado comportamiento utiliza información en su condición de administrador, puede vulnerar el deber de lealtad, pero no por infringir su*

jurídico no es posible encontrar una norma que esté en grado de configurar un deber general de información por parte de una sociedad filial a otra matriz.

Pese a ello, suelen defender algunos autores que la circulación de tal información societaria en presencia de un grupo constituye una efectiva excepción a aquella prohibición de comunicar datos confidenciales a terceros. Argumentan, de hecho, que en base a la legitimización del interés de grupo y de las instrucciones de obligado cumplimiento, aquella carencia legislativa no constituye una razón suficiente como para admitir que la regulación de aquel deber a cargo de las sociedades filiales tenga carácter facultativo y no imperativo. En este sentido, algunos autores italianos, en el particular escenario de un contrato de *cash pooling*, han manifestado que las sociedades participantes tienen el deber de transferir a la sociedad *pooler* toda la información de mayor relieve económico, financiero y patrimonial para la gestión de la tesorería¹⁸⁹.

deber de confidencialidad, sino el de pasividad o abstención de actuar como concreta manifestación del deber de lealtad que exige no observar comportamientos que causen o puedan causar daños a la sociedad administrada, con independencia de que, además, exista o no una desviación de valor de la esfera social a la esfera personal del administrador"; MEDINA ORS, GUILLERMO, "El derecho de información del socio sobre la filial", en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 431 y ss.: "El derecho de información de los socios en sede de grupos de sociedades está estrechamente ligado al régimen de información sobre las cuentas anuales. El art. 42.5 del Código de Comercio regula específicamente dicho derecho de información: "los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores".

En el Derecho italiano: DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria...*, cit., pp. 285-251: "né il controllo, né la direzione unitaria siano in grado di giustificare l'esistenza di un dovere generale di informazione: gli amministratori delle controllate hanno la facoltà (ma no il dovere legale) di trasmettere alla holding dati e informazioni nei limiti, però, previsti dalla legge".

¹⁸⁹ ABBADESSA, PIETRO, "Rapporto di dominio e autonomia private nel diritto societario e italiano", en Banca borsa tit. cred., 1999, pp. 569 y 574; BONELLI, F., *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo nelle società quotate*, en Giur. Comm., 2002, I, pp. 681 y ss.; MONTALENTI, PAOLO, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Giuffré Editore, Milano, 2011, pp. 255 y ss.

Naturalmente, vemos con simpatía el resultado al que se llega, esto es, la necesaria circulación de información de las sociedades participantes a la sociedad *pooler* a efectos de una mejor coordinación y gestión centralizada de la tesorería en el ámbito de un grupo de sociedades, pero no con tanta los argumentos de los que se valen los defensores de esta tesis. En este sentido, proponemos trasladar aquí las conclusiones realizadas más arriba respecto del mando de la sociedad matriz o *pooler* sobre las filiales, y consideramos que la liberación de ese flujo informativo o más concretamente, la configuración de un deber u obligación de información de las sociedades participantes a la sociedad *pooler* solamente puede tener lugar en la medida que así se haya previsto contractualmente.

c) El derecho de los socios minoritarios a recibir información adecuada de los administradores de la sociedad filial sobre el contrato de *cash pooling* celebrado. Referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2014.

El sistema de *cash pooling*, pese a tener carácter productivo y aumentar el valor del grupo en su conjunto, puede conllevar riesgos económicos extraordinarios para los socios, con lo que es fácil presumir el interés de los mismos en recibir información adecuada y suficiente sobre el contrato de *cash pooling*, y sobre la conciliación de dicho sistema con el interés social.

Al respecto de esta cuestión, merece la pena destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2014¹⁹⁰, que se ha pronunciado sobre el derecho de información de los socios en los contratos de *cash pooling*, concretamente en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales de una sociedad del grupo por parte de los socios minoritarios de la misma, que alegaron infracción del derecho de información por no haberles facilitado los administradores de la sociedad determinada información y documentación

¹⁹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15, Sala de lo Civil), resolución núm. 12/2014 (recurso núm. 809/2012), Roj. núm. 667/2014, de 20 de enero de 2014.

relevante sobre el acuerdo de *cash pooling* que mantienen con otra sociedad del grupo.

A estos efectos, antes de profundizar en los hechos de la sentencia, parece oportuno señalar que Famer Dos, S.L. es socia minoritaria de Hoteles Almería, S.A. y que ésta última consolida cuentas con el Grupo Inversor Hesperia, S.A. En septiembre de 2009, las acciones de una sociedad del grupo, Hoteles Hesperia, S.A. fueron transmitidas por el Grupo Inversor Hesperia, S.A. a otra sociedad ajena al grupo, NH Hoteles, S.A.

Siendo esto así, los hechos del caso son los que siguen. A raíz de una convocatoria de junta de accionistas de Hoteles Almería, S.A., Famer Dos, S.L. solicita a aquella la remisión de la documentación que iba a ser objeto del acuerdo, con lo que Hoteles Almería le facilita la siguiente documentación: informe de auditoría, informe de gestión, memoria, balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto y estado de flujos en efectivo. A continuación, con respecto a un apartado en concreto de la memoria: *“La centralización de la tesorería se realiza con el objetivo de optimizar la gestión financiera y de circulante de las diferentes sociedades del grupo en el que la Sociedad está integrada”*, Famer Dos solicitó información detallada sobre las sociedades que consolidan cuentas con el Grupo Inversor Hesperia, S.A., la operativa de la gestión centralizada, los beneficios que conlleva para las sociedades, el procedimiento para liquidar los intereses de la cuenta, causas de no cancelación y liquidación al final de cada ejercicio, etc. También solicitó la entrega de copia de los contratos firmados con NH Hoteles.

Hoteles Almería facilitó toda la información solicitada y únicamente denegó la entrega de copia de los contratos firmados con NH Hoteles y otros contratos de gestión centralizada, en base a los artículos 112.3 y 4 LSA. Ello dio lugar a que Famer Dos interpusiese demanda contra Hoteles Almería y solicitó que se declarara la nulidad del acuerdo adoptado en la junta general de accionistas de la compañía demandada, Hoteles Almería, S.A., relativo al punto primero del orden del día: *“Examen y aprobación, en su caso, de las Cuentas Anuales, Informe de*

Gestión y Propuesta de Aplicación de Resultados, correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009". Alegaba dos motivos de impugnación: haberse vulnerado el derecho de información de la accionista demandante y ser el acuerdo lesivo para los intereses de la compañía.

El Juzgado de lo Mercantil de Barcelona consideró que *"la información denegada era irrelevante a los efectos del orden del día de la junta y por otro lado, la justificación de la negativa tenía encaje en los preceptos invocados por Hoteles Almería, porque la publicidad en la forma de llevar la gestión interna podía ser perjudicial para la demandada y la actora tenía un porcentaje inferior al 25 por ciento del capital social. Por ello, no estimó vulnerado el derecho de información del accionista"*.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona puso de relieve en su fallo, tal y como había alegado la demandante, que según el informe de auditoría de las cuentas anuales de la empresa que centralizaba las cuentas, el patrimonio neto de ésta era inferior a la mitad del capital social, lo que agravaba la peligrosidad de la operativa. Entendió además que la información facilitada por los administradores al socio minoritario acerca de la cuenta centralizada era incompleta en relación con los períodos de liquidación de los intereses de la cuenta, y en concreto, sobre la descripción detallada de la operativa de la gestión centralizada. Es decir, consideró *"legítimo el interés del accionista minoritario en obtener aclaraciones sobre esa cuenta centralizada y, en consecuencia, legítima también la solicitud de información formulada al respecto antes de la junta"*. En cuanto a la negación de los contratos, según la Audiencia, ello no se puede justificar con el artículo 112.3 LSA, *"ni la sociedad demandada ni la sentencia exponen por qué perjudicaría al interés social la entrega al socio de una copia del contrato de cash pooling o de la información relativa al contrato"*.

A lo largo del fallo, la Audiencia Provincial recurre en diversas ocasiones a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2013, que recapitula la jurisprudencia más reciente sobre el derecho de información del socio de una

sociedad de capital¹⁹¹, y que reconoce el derecho del socio a solicitar, no solo la documentación social expresada en la Ley de sociedades de capital, como es la relativa a las cuentas anuales, la memoria o el informe de gestión, sino también otros datos sin los cuales no sería posible realizar una valoración global de los datos recogidos en las cuentas, ni comprender en sentido amplio la marcha de la sociedad y su gestión por parte de los administradores¹⁹².

¹⁹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (sección 1ª), resolución núm. 531/2013 (recurso núm. 531/2013), Roj. núm. 4950/2013, de 19 de septiembre de 2013 recapitula la jurisprudencia más reciente sobre el derecho de información del socio de una sociedad de capital (con cita de las SSTs número 741/2012, de 13 de diciembre de 2012; número 986/2011, de 16 de enero de 2012; número 830/2011, de 24 de noviembre de 2011; número 846/2011, de 21 de noviembre de 2011; número 652/2011, de 5 de octubre de 2011 y número 204/2011, de 21 de marzo de 2011).

¹⁹² Así lo dispone la sentencia en fundamento de derecho sexto: *“La sociedad está obligada a facilitar al accionista que lo solicite, de manera inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta (los que integran las cuentas anuales), así como, en su caso, el informe de gestión y el de los auditores de cuentas, y además este derecho del socio ha de ser mencionado expresamente en la convocatoria de la junta. Pero el derecho de información del socio, en su faceta de ejercicio por escrito y con carácter previo a la celebración de la junta, no queda limitado a obtener esos documentos. El socio puede necesitar conocer algunos datos contables sin los cuales no es posible valorar la corrección de los datos globales recogidos en las cuentas anuales sometidos a aprobación y demás documentos complementarios. Tales datos globales son agregados de datos parciales, lo que justifica el interés del accionista por obtener información sobre estos. Y es legítimo que en ocasiones pida también conocer los documentos contables, en un sentido amplio, que incluye documentos bancarios y fiscales, que soportan tales datos y cifras e informan sobre aspectos relevantes de la marcha de la sociedad y la gestión de los administradores. El conocimiento de determinados documentos de la sociedad puede ser necesario para decidir sobre la aprobación de las cuentas anuales, sobre la censura de la gestión social y para que el accionista adopte otras decisiones relevantes relativas a su condición de socio. Por eso el Tribunal Supremo, no solo en las sentencias de los años 2011 y 2012 citadas, sino también en otras anteriores (sentencias núm. 1193/1998, de 15 de diciembre, recurso núm. 2264/1994, y núm. 664/2005, de 26 de septiembre, recurso núm. 1121/1999), ha apreciado con flexibilidad que existen situaciones en las que debe permitirse al socio el examen de documentos contables distintos de los previstos en el art. 212 de la Ley de Sociedades Anónimas, a la vez que parte de un amplio criterio de conexión de la información solicitada con el orden del día, al subrayar que la ley permite recabar la información que se estime, por los propios accionistas, como pertinente”*.

El fallo de la Audiencia Provincial de Barcelona ha sido objeto de crítica por una parte de nuestra doctrina que si bien ha considerado que la estimación de la impugnación del acuerdo social es correcta, no lo son tanto los argumentos de los que se vale para ello. Según esta opinión, hubiera sido más apropiado que la Audiencia hubiera estimado la impugnación en base a la lesión que produce al interés social de la filial la falta de liquidación de la cuenta en vista de la situación financiera de la matriz, y no en base a la imposibilidad de los administradores de demostrar que la entrega de la copia del contrato de *cash pooling* a los socios minoritarios no perjudica su interés social. En otras palabras, de acuerdo con la interpretación que hace esta doctrina, sería razonable entender que los accionistas minoritarios tienen derecho a impugnar el acuerdo social, pero no porque no se les haya facilitado una copia del contrato de *cash pooling*, lo que podría resultar excesivo, sino porque la referida ausencia de liquidación hubiera colocado a la sociedad filial en una situación de riesgo excesivo¹⁹³.

En nuestra opinión, sin embargo, el fallo de la Audiencia es el correcto. Los socios minoritarios deben tener derecho a recibir toda la información necesaria para valorar correctamente la marcha de la sociedad. Esta información no puede restringirse a la documentación social expresada en la Ley, sino también a otra adicional como es el contrato de *cash pooling*. Los términos de este contrato definen la gestión de la tesorería de la sociedad y también, en buena parte, su organización financiera, con lo que es razonable entender que todo los socios minoritarios, y especialmente los cualificados, que cuentan con una participación accionarial de más del veinticinco por ciento, estén interesados en recibir por parte de los administradores, información adecuada y suficiente sobre el contrato de *cash pooling*.

¹⁹³ En este sentido se ha pronunciado ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Acuerdo de cash pooling y derecho de información del socio”, en Blog Almacén de Derecho, 21 de abril de 2014, disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/04/acuerdo-de-cash-pooling-y-derecho-de.html>: “A nuestro juicio, hubiera sido más acertado estimar la impugnación sobre la base de la lesividad para el interés social de la filial del acuerdo de aprobación de cuentas por no haberse liquidado o, al menos, reducido, el saldo acreedor de la filial a la vista de la situación financiera de la matriz que afirmar que se infringió el derecho de información por no haberse entregado una copia del contrato de *cash pooling*”.

VII. Cuestiones relativas a la decisión de celebrar un contrato de *cash pooling*.

1. Órgano competente para deliberar acerca de la celebración de un contrato de *cash pooling*. Debate: Junta general o Consejo de administración.

Otro tema fundamental a tener presente en esta investigación es la identificación del órgano social de las sociedades filiales encargado de la deliberación de la celebración del contrato de *cash pooling*. Hemos avanzado en el epígrafe anterior que en nuestra opinión, la decisión corresponde al órgano de administración de las sociedades filiales. Sin embargo, no está de más que realicemos algunas observaciones y reflexionemos acerca de los argumentos que nos han llevado a esta conclusión.

Es importante en este sentido que consideremos en primer lugar la posibilidad de que se contenga en los estatutos sociales de las filiales una cláusula que indique que la empresa en cuestión forma o podrá formar parte en el futuro de un sistema de gestión centralizado de la tesorería. Con el reconocimiento de esta decisión en los estatutos y por disposición del artículo 160. j) de la Ley de sociedades de capital, correspondería a los socios reunidos en junta (ordinaria o extraordinaria) la deliberación sobre la celebración de este modelo de organización¹⁹⁴. Lo cierto,

¹⁹⁴ Artículo 160.j) de la Ley de sociedades de capital: “*Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos*”. Véase: RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “Artículo 160. Competencia de la junta”, en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 29-50, especialmente en la p. 49 se establece lo siguiente: “*Los estatutos constituyen, en efecto, la última fuente para atribuir competencias a la junta o para distribuir las que la ley les reconoce en concurrencia con el órgano de administración. La Ley presupone un margen no desdeñable para distribuir entre los órganos las materias sobre las que debe decidir cada uno: pueden atribuir nuevas competencias a la junta, sustraérselas, o delimitar cómo deben repartirse las que comparte con el órgano de administración. La autonomía estatutaria es amplia sin otros límites que los que resulten de la ley imperativa y de los principios configuradores del tipo elegido (artículo 28 LSC). (...) Pero de cualquier modo nada impide establecer en los estatutos reglas sobre el funcionamiento de la junta, que fijen los modos de ejercitar los derechos individuales de los socios (siempre que no incidan en el ámbito de los*

no obstante, es que en la actualidad no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que exija la disposición de una cláusula así en los estatutos sociales.

Parece interesante a este respecto prestar atención a una importante doctrina estadounidense que ha considerado oportuno que a efectos de transparencia empresarial frente a terceros, toda sociedad informe públicamente sobre su estructura organizativa, de manera que los posibles acreedores o inversores puedan conocer y enjuiciar el modo en que aquélla se organiza, al tiempo que los socios puedan participar en la política intragrupo¹⁹⁵. A estos efectos, podría considerarse la posibilidad de reconocer en el marco de una cláusula estatutaria la pertenencia de la sociedad a un grupo y su fidelidad al interés del mismo, así como su eventual entrada en un sistema de gestión centralizada de la tesorería. Ello permitiría a los socios, en particular a los externos o minoritarios, intervenir en las decisiones que tienen que ver con la estructura organizativa de la sociedad. No obstante, hemos de decir que tal fenómeno no suele encontrar reconocimiento en la práctica. Esta circunstancia nos ha llevado a la tarea de investigar y valorar cuál es el órgano social competente para deliberar sobre la celebración de este modelo de gestión, si el consejo de administración o si los socios reunidos en junta, ya que aunque la Ley atribuye a cada uno de los órganos una serie de competencias, éstas a veces no se enuncian con la debida claridad.

En el concreto escenario de las sociedades de responsabilidad limitada, es particularmente relevante el artículo 162 de la Ley de sociedades de capital, que en su apartado segundo exonera al consejo de administración de obtener el preceptivo acuerdo de la junta general en los supuestos de anticipación de fondos de parte de una sociedad a favor de otra perteneciente al mismo grupo¹⁹⁶. En base

derechos inderogables) o que pudieran incidir en el reparto de competencias entre los órganos de la sociedad. El límite de la autonomía estatutaria debería situarse, en todo caso, en la tutela de los intereses que la ley contempla”.

¹⁹⁵ FRANK H. EASTERBROOK/ DANIEL R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, London, 1991.

¹⁹⁶ Artículo 162.2 de la Ley de sociedades de capital. Concesión de créditos y garantías a socios y administradores: “No será necesario el acuerdo de la junta general para realizar los

a esta excepción competencial prevista para los grupos de sociedades, puede defenderse que corresponde al órgano de administración de las sociedades participantes la competencia para deliberar sobre la celebración de un contrato de *cash pooling*. Según se indica, se puede así evitar que el acuerdo preceptivo de los socios frustrate los importantes efectos positivos que puede generar una adecuada racionalización y ubicación de los excedentes de tesorería en el interior del grupo¹⁹⁷. En efecto, si bien es cierto que el voto negativo de la junta puede ocasionar costes estratégicos elevados para el grupo en su conjunto, no lo es menos que la atribución de esa facultad al órgano de administración no promete mejores ventajas.

Para comprender esto último hay que empezar anunciando que el artículo 162.2, como la doctrina de la organización, legitima y liberaliza infundadamente las operaciones intragrupo, pasando por alto el problema de que tales operaciones están aquejadas de un verdadero conflicto de interés que, en nuestra opinión y desde la vertiente protectora de la ordenación jurídica del grupo, como hemos señalado, no puede eliminarse, ocultarse ni justificarse en base a un interés de grupo meramente causal. Si esto es así, no puede dejar de reconocerse que los administradores (dominicales) de las filiales, a la hora de aceptar la celebración de

actos anteriores a favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo". Sobre el alcance de esta excepción, ver: ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO, "Artículo 162. Concesión de créditos y garantías a socios y administradores", en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSE (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M., (coord.), Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 1218-1221; VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 394 y 395.

¹⁹⁷ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, "El contrato de cash pooling", cit., pp. 243 y 244; MARIMÓN DURÁ, RAFAEL, *La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus socios, administradores y otras sociedades del grupo (Del art. 10 LSRL al art. 162 TRLSC)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 83 y ss. donde el autor señala que con la omisión del acuerdo preceptivo de la junta general se persigue evitar frenar o anular los "efectos positivos que puede tener una adecuada canalización de excedentes de tesorería en el interior de un grupo de sociedades. Los denominados pools de tesorería y la centralización de los recursos disponibles en el grupo para canalizar el ahorro de las unidades económicas excedentarias hacia las unidades económicas deficitarias, permiten movilizar el capital y optimizar su utilización, asignando racionalmente los recursos disponibles en interés del grupo y en beneficio del conjunto de sociedades que lo componen".

un contrato de *cash pooling* con la sociedad matriz, están afectados por el conflicto de interés de la matriz. Ello porque el conflicto que la matriz tiene con la filial se extiende a sus administradores dominicales. Esta regla de extensión, no formulada legalmente, ha sido objeto de no pocos debates en la doctrina, toda vez que el artículo 231 de la Ley de sociedades de capital no considera a los administradores dominicales como personas vinculadas a los socios de control¹⁹⁸. Sí lo hace, sin embargo, el artículo 529-ter.1.h) de la Ley de sociedades de capital en el contexto de las sociedades cotizadas¹⁹⁹. Desde este punto de vista, la doctrina prevalente ha interpretado que esta disposición es extensible a las sociedades no cotizadas, y se configura el artículo 231 de la Ley con carácter abierto²⁰⁰.

¹⁹⁸ Artículo 231 de la Ley de sociedades de capital. Personas vinculadas a los administradores. 2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: “a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio. b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica. c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios. d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior”. Véase: RIBAS FERRER, VICENÇ, “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, en , pp. 1659-1663.

¹⁹⁹ Artículo 529 ter.1.h) de la Ley de sociedades de capital. Facultades indelegables. “El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las siguientes: h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión (...)”.

²⁰⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., p. 186; ALBELLA AMIGO, SEBASTIÁN, “Algunas consideraciones sobre el gobierno corporativo en los grupos de sociedades”, web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, 19 de octubre de 2018, p. 7, disponible en: <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={aa8ac5e5-e6f4-4750-8f2a-3530fb421880}>; IRACULIS ARREGUI, NEREA, “La prohibición del voto en el grupo de sociedades: el conflicto de intereses directo o indirecto del administrador de la filial”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO

Todo esto se traduce necesariamente en una obligación de los administradores dominicales de la filial designados por la matriz de abstenerse en la deliberación²⁰¹ y votación del acuerdo por disposición de los artículos 228. c) y 230.2.III de la Ley de Sociedades de Capital. La regla de la abstención se comprende así como un mecanismo de protección de los derechos de los accionistas ante los eventuales riesgos que pudieran causar las transacciones intragrupo. De este modo,

PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 194 y 195: “La categoría del conflicto indirecto del administrador referido a una persona vinculada a él de entre las previstas en el artículo 231 LSC, es entendida también como análoga al conflicto de intereses por cuenta propia, en el sentido de que ambas categorías suponen un conflicto entre el deber del administrador (preservar el interés de la sociedad de forma exclusiva) y un interés privativo del administrador o de la persona vinculada al administrador”; IRACULIS ARREGUI, NEREA, “Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas: formulación del conflicto relevante en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 56/2019, Aranzadi; PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *El deber de los administradores de...*, cit., pp. 56 a 58, especialmente en las pp. 57 y 58 manifiesta que: “En efecto, tres son las marcas que la Comisión de Expertos y luego la Ley han dejado para facilitar que de verdad se penetre en el substratum de la actuación de los administradores más allá de toda literalidad del 231 LSC. En primer lugar, el artículo 228.e) LSC (que es la matriz del artículo 229 LSC), a la hora de referirse a los conflictos de interés advierte que estos pueden ser por cuenta propia o ajena, o por cuenta propia –de los administradores- o por cuenta de personas vinculadas. En segundo lugar, cuando el artículo 229.3 LSC alude al deber de declarar los conflictos de interés, señala que estos pueden ser directos o indirectos. (...) En tercer lugar y en ese mismo ap. 3 del artículo 229 LSC, a fin de dejar claro que directo no es sinónimo de administrador ni indirecto de personas vinculadas, agregada segazmente: que aquellos [los administradores] o personas vinculadas a ellos. Que no constituyen binomios necesarios “directo” y “administrador” ni “indirecto” y “persona vinculada” se aprecia igualmente con la lectura del artículo 228.c) LSC. (...)”.

En contra de esta posición: FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, “Las operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión en Derecho Español y necesidad de su reforma”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 149, 2018, pp. 33 y ss.

²⁰¹ IRACULIS ARREGUI, NEREA, “La prohibición del voto en el grupo de sociedades:...” , cit., p. 195: “El resultado de esta identidad es que el deber de abstención del administrador se extiende a aquellos casos en los que la persona titular del interés en conflicto no es el administrador sino una persona vinculada a este. No obstante, en este asunto, es preferible recurrir a la distinción entre conflicto directo e indirecto, sobre todo habiendo precisado como elemento caracterizador del segundo la relación que une al titular del interés en conflicto con el administrador, objetivamente idónea para afirmar que el administrador puede verse inclinado a preferir ese otro interés en conflicto, y no el de la sociedad”.

correspondería a la minoría (esto es, administradores independientes y representantes de los accionistas externos) decidir si el modelo de gestión debe aprobarse y en definitiva, determinar la política de la sociedad, lo que como a continuación veremos no nos parece en absoluto prudente. Los administradores minoritarios podrían oponerse porque entiendan por ejemplo que el modelo de gestión no constituye una estrategia idónea desde la perspectiva de la política empresarial, o porque las condiciones, riesgos o precio que origina su celebración son excesivos. Pero si la minoría se opone al acuerdo, frustrando operaciones que normalmente se vislumbran eficientes, ocasionará también al grupo unos costes estratégicos muy significativos. Como vemos, los costes de transacción estratégicos pueden eventualmente generarse en ambas situaciones, es decir, tanto si la concreta facultad se atribuye a la junta como al consejo.

Dejando por ahora esta cuestión de lado, no puede negarse que la decisión de celebrar un acuerdo de *cash pooling*, en la medida que es un acto de gestión y política empresarial, corresponde al órgano de administración, no sólo en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, sino también en el de las sociedades anónimas, porque así lo prevé el artículo 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Ello en tanto la junta general, en virtud del artículo 161 de la Ley, no haya reservado la toma de esta decisión a su autorización²⁰².

En el camino hacia estas conclusiones, nos hemos planteado, y descartado, otras soluciones que puede merecer la pena exponer por el valor que pueden aportar al trabajo. En primer lugar, nos hemos preguntado si el contrato de *cash pooling* supone una modificación estructural de tal envergadura que debiera someterse a la aprobación de la Junta general de accionistas en virtud de los artículos 160.f)²⁰³

²⁰² RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, cit., pp. 57-63.

²⁰³ Artículo 160.f) de la Ley de sociedades de capital. Competencia de la junta: “*Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*”. Véanse: ESTEBAN VELASCO, GAUDECIO, “Artículo 160. Competencia de la Junta”, en ROJO

y 230.2.II²⁰⁴ de la Ley de sociedades de capital, cuando se trata de operaciones que tienen como objetivo aportar activos esenciales desarrollados hasta ese momento por la sociedad en cuestión a otra sociedad del grupo. La ley indica que el valor de esos activos esenciales ha de ser igual o superior al diez por ciento de los activos sociales. Se trata, en definitiva, de importantes operaciones vinculadas que dado el eventual impacto que pueden tener sobre los derechos de los socios, deben supeditarse a la autorización de la Junta (art. 230.2.II LSC).

Raramente en un contrato de *cash pooling* nos vamos a encontrar con una situación así. Téngase presente que el activo esencial que aquí se transfiere a la sociedad *pooler* únicamente se corresponde, como hemos adelantado más arriba, con una parte de la función de la tesorería; solo una parte porque las sociedades filiales continúan asumiendo un amplio abanico de facultades correspondientes a la gestión de la misma. Desde esta perspectiva, en principio, debe descartarse que la celebración de un contrato de *cash pooling* pueda enmarcarse en el contenido del artículo 160.f) de la Ley, que está sobre todo pensado para ser aplicado a operaciones de mucho mayor calibre y que impliquen una verdadera transformación de la estructura organizativa y financiera de la sociedad, como puedan ser las denominadas “operaciones de filialización” a través de la

FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1200-1208; RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “Artículo 160. Competencia de la junta”, cit., pp. 36-50.

²⁰⁴ Artículo 230.2.II de la Ley de sociedades de capital. Régimen de imperatividad y dispensa: “La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra”. Véase: VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 600 y ss.

constitución de compañías *holding*, o la venta de un establecimiento o sucursal industrial, por ejemplo²⁰⁵.

Finalmente, es necesario apuntar que hay una doctrina generalizada que indica que con el fin de garantizar una adecuada tutela de los intereses de los socios, a los actos de gestión que puedan comportar un cambio sustancial en las perspectivas de rentabilidad de la empresa, que puedan afectar a los derechos de participación y a los intereses patrimoniales de los socios, o que puedan producir cambios en la estructura y la organización de la empresa, como son las vinculaciones a grupos o concentraciones económicas, se les debe dar una respuesta diferente, trasladando la cuestión de la competencia a aquella de los deberes fiduciarios de los administradores. Es decir, los administradores, con fundamento en el potencial perjuicio que la decisión puede provocar en los intereses patrimoniales de los socios, tendrían la obligación y la responsabilidad de llevar esa decisión a la Junta de accionistas para que la deliberen y en su caso, la aprueben. De ser esto así, los administradores de las filiales, en cumplimiento de su obligación de actuar de buena fe, en el mejor interés de la sociedad que administran y respetando los deberes de diligencia (art. 225 LSC²⁰⁶) y lealtad (art. 227 LSC), como hemos

²⁰⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1999, cit., p. 241: “(...) parece imprescindible devolver a la competencia de los accionistas las decisiones de filialización. En este sentido, es obligado entender que la segregación de activos sustanciales de la explotación no es un simple acto de gestión empresarial que pueda ser decidido por los administradores de la sociedad. Es un acto de reorganización empresarial y, siendo así, las más elementales exigencias de la razón jurídica claman porque sea la Junta general el órgano competente para aprobarlo, máxime si se tienen en cuenta sus consecuencias limitativas de los derechos y poderes de los accionistas”.

²⁰⁶ El artículo 225 de la Ley de sociedades de capital dispone que: “1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesario que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”.

apuntado, habrían de trasladar la decisión de proceder a la celebración de un contrato de *cash pooling* a la Junta general. En caso de no hacerlo, el administrador podría responder por incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de su cargo (art. 236 LSC) y se enfrentaría a una justa causa de cese (arts. 223 y 224 LSC)²⁰⁷.

Ésta es la solución por la que parecen haberse decantado la mayoría de los autores en Francia y en los Estados Unidos de América. Tanto el ordenamiento francés en

En torno al alcance del deber de diligencia de los administradores, véase: VIVES RUIZ, FERNANDO, “El alcance del deber de diligencia de los administradores sociales”, cit., pp. 643-676, especialmente en la p. 654 se indica que: “*El deber de diligencia (duty of care) es, en realidad, una obligación moral cuya proposición consiste en que si una persona asume un rol o cargo, cuyo desempeño conlleva el riesgo de dañar a otros, está bajo el deber moral de actuar cuidadosamente. Es, en este sentido, el mismo deber del conductor de un coche o del piloto de un avión. Se trata de un deber que el administrador ejerce principalmente frente a la sociedad, que es quien puede exigírselo y responsabilizarle por su incumplimiento*”; LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, “El difícil equilibrio de lealtades...”, cit., pp. 804 y 805; RIBAS FERRER, VICENÇ, “Artículo 225. Deber de diligente administrador”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1608-1620; VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 594 y ss.

²⁰⁷ Artículo 223 de la Ley de sociedades de capital. Cese de los administradores: “1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando a separación no conste en el orden del día”; Artículo 224 de la Ley de sociedades de capital. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima. “1. *Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal. 2. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general*”.

Véanse: GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, “Artículo 223. Cese de los administradores” y “Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1584-1607; VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 579 y ss.

los artículos 225-38 y ss. del *Code de Commerce*²⁰⁸, como el ordenamiento estadounidense en las secciones 5.07 y 5.02 de los *Principles of Corporate Governance*, del *American Law Institute*²⁰⁹, reconocen que las transacciones

²⁰⁸ Article L225-38 Code de Commerce: “*Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée. Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise. L'autorisation préalable du conseil d'administration est motivée en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société, notamment en précisant les conditions financières qui y sont attachées*”.

²⁰⁹ Principles of Corporate Governance. American Law Institute. Chapter 2: Duty of fair dealing of directors and senior executives: § 5.07. Transactions between corporations with common directors or senior executives: “(a) A transaction between two corporations is not to be treated as a transaction subject to the provisions of § 5.02 (Transactions with the Corporation) solely on the ground that the same person is a director [§ 1.13] or senior executive [§ 1.33] of both corporations unless: (1) The director or senior executive participates personally and substantially in negotiating the transaction for either of the corporations; or (2) The transaction is approved by the board of either corporation, and a director on that board who is also a director or senior executive of the other corporation casts a vote that is necessary to approve the transaction”; § 5.02. Transactions with the corporation: “(a) General Rule. A director [§ 1.13] or senior executive [§ 1.33] who enters into a transaction with the corporation (other than a transaction involving the payment of compensation) fulfills the duty of fair dealing with respect to the transaction if: (1) Disclosure concerning the conflict of interest [§ 1.14(a)] and the transaction [§ 1.14(b)] is made to the corporate decisionmaker [§ 1.11] who authorizes in advance or ratifies the transaction; and (2) Either: (A) The transaction is fair to the corporation when entered into; (B) The transaction is authorized in advance, following disclosure concerning the conflict of interest and the transaction, by disinterested directors [§ 1.15], or in the case of a senior executive who is not a director by a disinterested superior, who could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation at the time of such authorization; (C) The transaction is ratified, following such disclosure, by disinterested directors who could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation at the time it was entered into, provided (i) a corporate decisionmaker who is not interested [§ 1.23] in the transaction acted for the corporation in the transaction and could reasonably have concluded that the transaction was fair to the corporation; (ii) the interested director or senior executive made disclosure to such decisionmaker pursuant to Subsection (a)(1) to the extent he or she then knew of the material facts; (iii) the interested director or senior

intragrupo que tengan cierta importancia, realizadas entre sociedades con mismos administradores, deben ser autorizados tanto por el consejo de administración como por la Junta general. Desde este punto de vista, se ha entendido que el contrato de *cash pooling* debe supeditarse al consentimiento de los accionistas.

Carecemos de una norma similar en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, estamos de acuerdo, y es fácil comprender, que los accionistas minoritarios, de acuerdo con sus derechos de propiedad, estén interesados en recibir información adecuada y suficiente sobre el modelo de gestión de la función de la tesorería al que van a quedar sujetos, y en este sentido, ya hemos manifestado que parece apropiado que los administradores informen a los accionistas sobre la adopción de esta decisión mediante junta general ordinaria, no obstante, creemos que salvo que la junta general reserve a su autorización la decisión de celebrar el contrato de *cash pooling* mediante el artículo 161 de la Ley, ésta corresponde en principio al órgano de administración ya que se trata de un acto de gestión y política empresarial (art. 249 bis LSC).

1.1. La sustitución de la regla de la propiedad por una regla de responsabilidad como solución a los eventuales costes estratégicos que genera la regla de la abstención.

Expresábamos más arriba que en el proceso de deliberación y votación del contrato de *cash pooling*, los administradores dominicales tienen la obligación de abstenerse de participar en base a los artículos 249.bis. b), 529-ter. f), 228.c) y

executive did not act unreasonably in failing to seek advance authorization of the transaction by disinterested directors or a disinterested superior; and (iv) the failure to obtain advance authorization of the transaction by disinterested directors or a disinterested superior did not adversely affect the interests of the corporation in a significant way; or (D) The transaction is authorized in advance or ratified, following such disclosure, by disinterested shareholders [§ 1.16], and does not constitute a waste of corporate assets [§ 1.42] at the time of the shareholder action”; DACCÒ, ALESSANDRA, L’accentramento della tesoreria nei gruppi di società, cit., p. 231; DACCÒ, ALESSANDRA, “Alcune riflessioni in merito a recenti ordinamenti in materia di gruppi societari nel diritto statunitense”, Rivista di Diritto societario, 1997, pp. 167 y ss.

230.2.III de la Ley de sociedades de capital, con el riesgo que ello puede suponer para la economía de grupo si la minoría se opone al acuerdo²¹⁰. En este sentido, nos hemos preguntado si habría alguna posibilidad de rechazar la regla de la abstención sin dañar los derechos de propiedad de los accionistas externos.

Para abordar esta cuestión, hemos de empezar recordando que la regla de la abstención se comprende como un instrumento tuitivo de los derechos de propiedad de los accionistas; éstos tienen derecho a que no se lastime su interés social. El legislador ha entendido que es preferible garantizar tales derechos de propiedad a legitimar cualquier forma de perjuicio al interés social, ni siquiera si en contrapartida el administrador dominical indemniza económicamente al accionista perjudicado. Por tanto, desde el punto de vista legal, la regla de la propiedad prevalece sobre la regla de la responsabilidad.

Es interesante señalar, no obstante, que tanto la vertiente protectora como la vertiente organizativa de la ordenación jurídica del grupo están de acuerdo en que en el particular escenario de un grupo de sociedades es favorable que se reemplace la regla de la propiedad por la regla de la responsabilidad, rechazando entonces el deber de abstención. La razón subyace, como sabemos, en que carece de sentido dejar la política estratégica del grupo en manos de la minoría²¹¹. La frustración de

²¹⁰ Resulta interesante a este respecto la obra de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 185 y ss., especialmente en la p. 188 indica lo siguiente: “He de convenir, sin embargo, que la aplicación mecánica de esta regla de derecho común (la regla de la abstención) incrementa de manera innecesaria y quizá insoportable los costes asociados al funcionamiento del grupo, con el consiguiente riesgo de overkilling. El problema más grave es que entorpece la gobernanza contractual poniendo en riesgo la obtención de ciertas economías de grupo críticas –las denominadas economías de contratación-, de las que también puede beneficiarse la filial en el marco de una visión instrumental del interés del grupo”.

²¹¹ VILLENA CORTÉS, FRANCISCO, “Deber de abstención del derecho de voto del socio incurso en conflicto de intereses. Comentario y reflexiones entorno al art. 190 TRLSC”, pp. 162 y 163. Aunque el autor se refiere al conflicto de interés del socio, podemos trasladar las consideraciones que realiza al respecto a nuestro supuesto de hecho. Así, establece que: “De operar en la práctica tal abstención del derecho de voto, justamente en la forma prevista legalmente, se puede llegar a producir lo que se ha denominado la “mayorización” de la minoría del capital social (ALFARO ÁGUILA-REAL). Es decir, dependiendo de qué forma

una decisión de este tipo, en nuestro caso, de celebrar un contrato de *cash pooling*, puede ocasionar elevados costes de transacción relacionados con el funcionamiento del grupo; aunque los costes de información y de administración son en este escenario ineludibles e insignificantes, los costes estratégicos son muy relevantes. Téngase presente además que la economía de grupo que sugiere el presente sistema de gestión de tesorería, además de reportar importantes palancas de eficiencia al grupo en su conjunto, como es frecuente, también puede beneficiar a la sociedad filial en cuestión.

Dicho esto, siguiendo a los defensores de la doctrina de la protección, el paso de la regla de la propiedad a la regla de la responsabilidad conviene darlo con cautela y con total respeto y coherencia a los principios que explican el Derecho común de sociedades, esto es: dando prioridad al interés social sobre el interés de grupo; admitiendo que las operaciones intragrupo están afligidas por conflictos de interés; exigiendo a los administradores, incluidos los dominicales, que actúen con absoluta independencia en sus decisiones; y configurando una dirección unitaria natural y no imperativa²¹². Pero en ningún caso como reivindicar algunos autores, partidarios de la doctrina de la organización, que han resuelto el problema de la abstención negando la existencia de conflictos de interés en las operaciones intragrupo²¹³.

se presente el reparto del capital social entre los socios, en la concreta sociedad de que se trate, es posible que el conflicto de intereses afecte a aquella porción de socios que representa la mayoría del capital social, de modo que la decisión propuesta en el acuerdo de que se trate quedará en manos exclusivamente de la minoría. Este efecto, asumido necesariamente en la previsión legal de este mecanismo, puede también llegar a suponer un resultado tremendamente pernicioso, según los casos, ya que dicha minoría pudiera igualmente estar velando por sus intereses particulares, antes que por los de la propia sociedad, máxime teniendo en cuenta que, de por sí, ya es porcentaje de intereses minoritario en la sociedad. Ello implicaría, llamativamente, que la mayoría que debió abstenerse de votar, tendría que impugnar el acuerdo adoptado por la sola concurrencia de aquella minoría "mayorizada", bajo la imputación de resultar contrario al interés social".

²¹² PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 185-234.

²¹³ LATORRE CHINER, NURIA, "Operaciones con partes vinculadas: conflictos de intereses con la sociedad", en EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO (dir.), *Los intentos de*

El paso hacia la regla de la responsabilidad, en definitiva, debe ofrecer a los accionistas garantías de protección suficientes. En este sentido, han sugerido varios autores contemplar una regla que permita a los administradores dominicales de la filial participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión, pero afectando la decisión a una presunción *iuris tantum* de lesión al interés social en el caso de que la mayoría de la minoría (administradores independientes o representantes de los accionistas minoritarios) se opusiera al mismo. De este modo, correspondería a los administradores disidentes de la minoría impugnar el acuerdo, y a los administradores afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del concreto acuerdo al interés social. En

reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades, Marcial Pons, Madrid, pp. 250 y ss. La autora manifiesta que efectivamente debe rechazarse la regla de la abstención porque ello “origina situaciones irracionales, impeditivas, muchas veces, de la mismísima operativa societaria” y porque “no resulta coherente que el socio pueda votar en la junta en relación a una operación que celebra con la sociedad y que, por el contrario, los administradores nombrados por él no puedan intervenir en las decisiones del consejo sobre la misma cuestión. Si los administradores no pudieran votar en ningún asunto que afectara al socio mayoritario que los designó, se correría el riesgo de que sus intereses no fueran considerados en las decisiones societarias, y el control de la gestión, que en nuestras sociedades se ejerce claramente mediante la propiedad, resultaría una ilusión”. No obstante, explica que el rechazo de la regla de la abstención se justifica porque no en todos los casos puede derivarse un conflicto de intereses entre el administrador y el socio que le ha nombrado. Así establece en las pp. 250 y 251 lo siguiente: “Cuando la operación se celebra entre la sociedad y el socio, la aplicación de las normas sobre conflicto de los administradores supone admitir que todos los administradores que han sido nombrados por dicho socio actúan por cuenta de aquel. Es innegable que los administradores designados por el socio implicado serán más sensibles a sus intereses, pero esa premisa no puede llevar al extremo de considerar que el administrador tiene un conflicto de intereses con la sociedad en sentido estricto, entendiendo que actúa siempre por cuenta del socio que lo nombra y en contra del interés de la sociedad. Entender que el administrador nombrado por el socio-parte vinculada tiene un conflicto de interés con la sociedad solo por el hecho de su nombramiento es incorrecto. (...) Esto implicaría, en última instancia, deslegitimar a los administradores nombrados por la mayoría, por el mero hecho de ser nombrados por ella”, y en las pp. 267 y 268 que: “Hay que desterrar, en definitiva, la idea de que el nombramiento del administrador por uno o varios socios constituya per se una relación cualificada, generadora de un conflicto de intereses en la persona del administrador. Lo relevante no consiste en preguntarse en abstracto si el administrador tiene interés en las operaciones que el socio realiza con la sociedad, sino en analizar caso por caso, para poder valorar si existe otro tipo de relación que haga más intenso el vínculo del administrador con el socio de control y que pueda cuestionar la independencia de juicio de aquel. Porque el simple nombramiento no lo es”.

caso de que esto último no se lograra, deberá entenderse que se ha infringido el deber de lealtad²¹⁴.

Se intenta, por tanto, buscar una respuesta similar a la contenida en el artículo 190.3 de la Ley de sociedades de capital²¹⁵, que permite al socio afectado por el

²¹⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 221 y ss.: “La transformación de una regla de propiedad en regla de responsabilidad sustituye, en última instancia, la evaluación subjetiva de la minoría por la evaluación objetivo. Pero para asegurar la objetividad de la evaluación, hay que recurrir a un tercero (...). La minoría debe contar con una tutela reforzada porque, habiendo conflicto de interés, la calidad esperada de las transacciones puede no ser elevada (...). El objetivo no es sustituir la protección de la minoría a través del veto por la simple verificación judicial de la razonabilidad de la transacción aprobada por la mayoría. Hay que ir más allá para forzar que se alcance un acuerdo. Por ello la regla debe acompañarse de presunción de unfairness – o lesión del interés social- en el caso de que la mayoría de la minoría se haya opuesto a ella. (...) Los administradores de la minoría, de darse esta situación, no sólo podrían, sino que también deberían impugnar el acuerdo por contrariedad al interés social imputándose las costas a la sociedad. (...) El problema se proyecta en última instancia sobre la carga de la prueba. (...) cuando la transacción sospechosa no está saneada, debe entenderse que la sospecha subsiste o persiste in re ipsa. Y siendo así, no quedará más remedio que imponer la carga de la prueba a la mayoría que la adoptó. A ésta incumbirá deshacer la apariencia creada por el conflicto de interés y demostrar cumplidamente la razonabilidad de la transacción, tanto en el aspecto procesal (cómo se ha llevado a cabo la negociación y estructuración: calidad de la información disponible, de la motivación o justificaciones aducidas, de los trabajos de los comités de negociación, etc.), como en el material (precio y demás condiciones): fair dealing y fair pricing. Si no lo hace cumplidamente –rotundamente-, deberá presumirse que ha infringido el deber de lealtad(art. 217.2 LEC)”.

²¹⁵ Artículo 190.3 de la Ley de sociedades de capital. Conflicto de intereses: “En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social”.

Véanse: VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, cit., pp. 467-470; SOLAR BELTRÁN, INMACULADA, “Los conflictos de intereses del socio mayoritario: el deber de abstención en las juntas generales”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO

conflicto ejercer el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones, aunque asumiendo la carga de probar la conformidad del acuerdo al interés social en caso de que la sociedad lo impugnase. El razonamiento que utiliza un autor en particular para extender la aplicación del referido artículo al supuesto que ahora examinamos es que el conflicto con el administrador dominical no se tiene como tercero sino como socio²¹⁶. Esta tesis pasa por alto que el administrador dominical está sujeto a la regla de la abstención precisamente en su condición de administrador, a razón de los deberes fiduciarios que tiene respecto de los socios. Esa tesis también sugiere que el artículo 529-ter.1. h) de la Ley de sociedades de capital quede vacío de contenido en todas las situaciones en que exista un conflicto de interés entre un administrador dominical y la sociedad, incluso en operaciones vinculadas ocasionales o esporádicas que no forman parte de una política estratégica de grupo.

PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 106-108, concretamente en la p. 107 se indica que: “*para impugnar el acuerdo en los casos a los que se refiere este apartado 3 del art. 190.3 será necesario la existencia de un presupuesto esencial, cual es que se haya adoptado el acuerdo con el voto decisivo de la mayoría y de un hecho presunto consistente en que se haya producido una infracción del interés social. (...) Pero no toda situación de conflicto de intereses puede tener como consecuencia la lesión del interés social ni suponer, per se, un abuso de posición de la mayoría de ahí que el apartado 3 del art. 190 LSC establezca una presunción, por lo que tras la impugnación del acuerdo corresponde a la sociedad o, en su caso, al socio o socios afectados, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social*”.

²¹⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Los modelos para tratar las transacciones con partes vinculadas: comparación entre el modelo inglés y el modelo español”, en Blog Almacén de Derecho, 7 de agosto de 2018, disponible en:

<https://derechomercantilesana.blogspot.com/2018/08/los-modelos-para-tratar-las.html>, al establecer que: “*los administradores desempeñan una función (no tienen intereses legítimos propios que deban ser defendidos) y los socios ejercen derechos subjetivos cuando votan. Pero el problema se complica porque la influencia de los socios en la composición del consejo de administración traslada a los administradores los conflictos en los que se ven envueltos los socios. Así ocurre no solo cuando el socio se autonombra consejero o se designa como persona física representante del administrador persona jurídica sino también con los consejeros dominicales ya que éstos sufren el conflicto del socio como un conflicto por cuenta ajena o conflicto entre deberes. Pues bien, en estos casos, parecería coherente que, dado que los administradores sufren el conflicto “por cuenta” del socio, la regla aplicable a esos conflictos fuera la que resuelve los conflictos que sufren los socios y no la que resuelve los conflictos que sufren los administradores, es decir, el art. 190.3 LSC*”.

Es precisamente en base a estas consideraciones que otro autor ha creído más conveniente desalojar la regla de la abstención prevista en los artículos 228. c), 229, 230 y 529-ter.1. h) del particular campo de los grupos de sociedades, de forma que la aplicación del artículo 190.3 de la Ley resulte más plausible²¹⁷. A este fin, propone hacer uso de la denominada “excepción de grupos” que brinda el artículo 9-quarter.6.a) de la Directiva 2017/828. Nos inclinamos más por el argumento de que se vale esta última tesis. En efecto, el artículo 529-ter.1. h) de la Ley de sociedades de capital parece infranqueable.

Dicho esto, podemos contestar afirmativamente a la cuestión planteada al inicio del epígrafe. Aplicando a nuestro supuesto de hecho el artículo 190.3 de la Ley por el cauce del artículo 9-quarter.6.a) de la Directiva 2017/828 ²¹⁸, los administradores dominicales de la sociedad filial deberían poder participar en la deliberación y votación de un acuerdo de *cash pooling*, no obstante con la condición de que en la eventual oposición a la decisión por parte de la mayoría de la minoría de los administradores, aquéllos queden obligados a probar que el modelo de gestión de tesorería celebrado es coherente con el interés social, lo que como ya hemos visto, se consigue a través de un sistema compensatorio estricto.

²¹⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, *¿Derecho común o Derecho especial de grupos?*, cit., pp. 226-229.

²¹⁸ Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, dispone en el artículo 9-quarter.6.a) una excepción de grupos: “*Los Estados miembros podrán no aplicar o permitir que las sociedades no apliquen los requisitos contenidos en los apartados 2, 3 y 4 a: a) las operaciones celebradas entre la sociedad y sus filiales, siempre que estas sean íntegramente de su propiedad, que ninguna otra parte vinculada de la sociedad tenga intereses en la empresa filial, o que el Derecho nacional prevea una protección adecuada de los intereses de la sociedad, de la filial y de sus accionistas que no sean partes vinculadas, incluidos los accionistas minoritarios en dichas operaciones*”.

2. Delegación de la función de tesorería por el órgano de administración de la sociedad filial a la sociedad *pooler*.

Una vez determinado que corresponde al consejo de administración la deliberación y votación de la celebración de un contrato de *cash pooling*, conviene que nos preguntemos si desde la perspectiva del Derecho de sociedades, éstos están facultados para delegar parte de la mencionada función de gestión de la tesorería a la sociedad *pooler*. La delegación de facultades relacionadas con los asuntos de gestión y supervisión por parte del consejo de administración de una sociedad a un tercero, ha sido siempre un tema de debate y preocupación generalizado en el Derecho europeo. Concretamente en Derecho español, tal preocupación desencadenó en la redacción de diversas y avanzadas propuestas de buen gobierno relacionadas con la indelegabilidad de ciertas facultades²¹⁹ que culminaron finalmente con la aprobación de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora de buen gobierno corporativo²²⁰. En este sentido, con el objeto de determinar las facultades de gestión que los administradores han de realizar por sí mismos y aquellas otras

²¹⁹ Tanto el Informe de Olivencia como el Informe de Aldama ya avanzaron la importancia y preocupación de la delegación de determinadas competencias del consejo de administración. Más recientemente ha tenido importancia el Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, publicado en 2013, en el que ya se indica que la competencia relativa a la aprobación de políticas y estrategias de la sociedad en ningún caso puede delegarse. Esta propuesta sirvió para la regulación de la Ley 31/2014 y para el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015. Para un mayor detalle sobre este estema, véase: SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN, “La reforma del régimen de facultades delegables del consejo de administración”, en EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO, *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 189-244, en particular, pp. 203-205.

²²⁰ La doctrina se ha ocupado en numerosas ocasiones de este asunto. Entre otros, puede verse: SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN, “La reforma del régimen de facultades...”, cit., pp. 189-244; ORTIZ DEL VALLE, MARIA DEL CARMEN, “Estado actual de la delegación de facultades en las sociedades de capital”, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 65, junio 2016, pp. 143-172; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Perservarere diabolicum (A propósito de la STS 26-II.2018)”, Diario La Ley (Wolters Kluwer), núm. 9178, Sección Tribuna, 16 abril de 2016, La Ley 2567/2018, [versión digital].

que en cambio pueden delegar a terceros, conviene acudir a la actual redacción de la Ley de sociedades de capital.

En concreto, en los artículos artículo 249.bis. b) y 529. ter.1. a) de la Ley se dispone que el consejo de administración no puede delegar, en ningún caso, entre otras facultades, las que atiendan a la política y estrategia generales de la empresa²²¹. El consejo no puede delegar estas funciones porque ello significaría renunciar al gobierno de la empresa²²².

Dicho esto, la cuestión que debemos plantearnos es si la gestión centralizada de la tesorería, que conlleva tareas como identificar las necesidades y excedentes de tesorería, realizar funciones de financiación o administrar correctamente los cobros y los pagos a terceros, debe reconocerse como una actividad que implica decisiones de carácter político y/o estratégico, y por tanto, como una facultad del consejo indelegable. La actividad de gestión que realiza la sociedad *pooler* solo supone una parte de la amplia gestión que realiza el consejo de administración de las sociedades del grupo, de modo que no da lugar a un total vaciamiento de las funciones administrativas de este órgano y no interfiere en la alta dirección de la empresa, ni tampoco en el ámbito político o estratégico. La función de gestión de tesorería que se realiza en nuestro supuesto de hecho puede identificarse con una función de tipo operativa que tan solo atiende a la administración de los recursos financieros a corto plazo.

²²¹ SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN, “La reforma del régimen de facultades...”, cit., p. 222, donde el autor define qué ha de entenderse por facultades de política y estrategia generales de la empresa, estableciendo a estos efectos que: *“las políticas y las estrategias generales son un aspecto de la planificación en la empresa, como marco de referencia que las relaciona para establecer una estructura consistente y coordinada orientada hacia la realización de los objetivos generales de la empresa. Si las políticas son amplios planes que tienen su origen en los niveles más elevados de la organización y delimitan áreas en las que las decisiones se van a adoptar, de manera que resulten conformes con los objetivos, las estrategias, por su parte, definen la actuación de la empresa tendente a su concesión”*.

²²² LEÓN SANZ, JOSÉ FRANCISO, “Artículo 249 bis. Facultades indelegables”, en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 521-540.

Atendidas estas observaciones, vemos con simpatía el resultado al que ha llegado una doctrina italiana, que ha encontrado cierto paralelismo entre el contrato de cash pooling y los “*management contracts*”²²³. Estos contratos suponen una delegación de competencias de gestión técnico-empresarial a otra empresa, bien del grupo o bien ajena al mismo, para que preste unos servicios. En este contexto, la empresa prestadora de los servicios de gestión (*management company*), como la sociedad *pooler* en el ámbito de un contrato de *cash pooling*, únicamente está facultada para realizar las funciones de gestión técnico diaria (*day-to-day management*) y no otras actividades propias de la alta dirección de la empresa (*business polity*).

Si todo esto es así, parece legítimo concluir que la delegación de la tarea de gestión de tesorería por parte del consejo de administración de las empresas del grupo a la sociedad *pooler* resulta admisible.

VIII. La celebración de un contrato de *cash pooling* no produce una modificación sustancial del objeto social ni un derecho de separación del socio disidente.

Nos hemos preguntado por último si la celebración de un contrato de *cash pooling* produce una modificación del objeto social de las sociedades participantes y por ende, un derecho de separación del socio disidente.

²²³ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 191-198. La autora, con el fin de determinar el alcance de las competencias del consejo de administración que son delegables a terceros, parte de la figura del director general. El director general no puede tomar ninguna decisión que por su objeto o proyección pueda interferir en la política de la empresa. Desde esta perspectiva, ha asimilado las facultades del director general con las que podría delegar el consejo de administración a un tercero. Asimismo, la autora, apoyándose en las formulaciones realizadas por otros autores (A. LANZA; C. PASTERIS, *Il “controllo” nella società collegata e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, p. 47) ha encontrado un cierto paralelismo entre nuestro supuesto de hecho y los “*management contracts*”.

Para afrontar esta cuestión, conviene señalar en primer término que la mayoría de los autores han entendido que solamente puede hablarse de sustitución del objeto social “si hay un cambio sustancial del objeto social que puede comportar tanto el reemplazo del objeto originario por uno nuevo, o la eliminación progresiva de las actividades que integran el objeto inicial”²²⁴. Solo con fundamento en esta interpretación, se facultaría al socio disidente a abandonar la sociedad en base al derecho de separación reconocido en el artículo 346.1 de la Ley de sociedades de capital. Esto es así en tanto no se apruebe el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, que prevé en el artículo 291-16 un derecho de separación del socio externo por integración de la sociedad en un grupo²²⁵.

Las dudas han surgido en torno a la cuestión de si un cambio en la estructura organizativa de una sociedad es susceptible de producir una modificación del objeto social. En este sentido, nuestros Tribunales han considerado en repetidas ocasiones que la participación de una sociedad en un grupo y en consecuencia, el sometimiento de la misma a la dirección unitaria ejercida por la sociedad dominante, provoca un cambio en el modo en que normalmente le correspondería a aquella prestar la actividad, que pasaría de ejecutarse directamente por ella a prestarse de manera indirecta. De acuerdo con esta tesis, si los estatutos de la sociedad en particular prevén que la actividad social ha de realizarse directamente

²²⁴ EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO, “Artículo 346. Causas legales de separación”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 2472 y 2473.

²²⁵ Artículo 291-16 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: “1. Cuando una sociedad cuyo capital no esté dividido en acciones admitidas a negociación en mercado secundario oficial se integre en un grupo, los socios externos en el momento de la integración de la sociedad en el grupo tendrán derecho a separarse de la sociedad. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de tres meses a contar desde la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de la integración de la sociedad en el grupo o desde que el socio hubiera tenido conocimiento de ella. 3. El socio que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable de las acciones o participaciones de que fuere titular en la sociedad dependiente a la fecha en que se hubiera producido la integración, deducidas las cantidades que a partir de ese momento hubiera percibido en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones”.

por la misma, puede concluirse que la modificación estructural causada por su intervención en el grupo constituye una sustitución de la actividad y por ende, una modificación del objeto social que haría a los socios disidentes o ausentes merecedores de un derecho de separación²²⁶.

El asunto se ha estudiado más particularmente respecto de situaciones en que se produce una situación de filialización de la actividad social que convierte a una sociedad operativa en una sociedad *holding*²²⁷. Pese a no ser éste el escenario que delimita nuestro supuesto de hecho, merece la pena atender a las consideraciones efectuadas al respecto, pues nos ayudarán a resolver la cuestión planteada al inicio del epígrafe. En este sentido, mientras unos autores han considerado, como la

²²⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1, Sala de lo Civil), resolución núm. 102/2011 (recurso núm. 2079/2007), Roj. núm. 2033/2011, de 10 de marzo de 2011, reconoce que: *“cuando la previsión estatutaria es realizar “directamente, la distribución de energía eléctrica”, la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una “sustitución de la actividad” de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la “sustitución del objeto”, con alteración de las bases determinantes en su momento de la affectio societatis, ya que al no alterarse la estructura propia por la “explotación de acciones y participaciones” sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio (...) una alteración estatutaria cuya trascendencia permite calificarla razonablemente de “sustitución del objeto” que no se ve difuminada por la existencia de un objeto plural de escasa incidencia real en la actividad de la sociedad”*.

²²⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9, Sala de lo Civil), resolución núm. 176/2011 (recurso núm. 45/2011), Roj. núm. 2647/2011, de 4 de mayo de 2011, confirma una sentencia dictada con anterioridad por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, y admite a estos efectos que la “filialización” de la actividad social de una empresa constituye una causa válida para que el socio disidente pueda separarse de la sociedad, al establecer lo siguiente: *“Pues bien, el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del Juez Mercantil tras fijar la doctrina legal sobre el derecho de separación del socio, examina tal ejercicio cuando se produce el supuesto de filialización (recogiendo la doctrina expuesta en la demanda inicial) casi –funda la sentencia- que efectivamente concurre”*.

jurisprudencia, que la filialización comporta una alteración radical del objeto social que necesariamente sugiere el establecimiento de un derecho de separación de los socios disidentes o ausentes, como una suerte de mecanismo de protección²²⁸; otros autores han mostrado su disconformidad a tales conclusiones, señalando a estos efectos que las modificaciones estructurales de una sociedad y especialmente, la filialización de la actividad social, no producen una sustitución del objeto social²²⁹.

Realizadas estas observaciones, podemos volver a nuestro supuesto de hecho en el que, en efecto, la pertenencia a un grupo de sociedades y la centralización de la función de la tesorería en la sociedad *pooler* da lugar a una modificación estructural y organizativa, no obstante, coincidimos con algunos autores en que

²²⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, cit., p. 241: *“algunos tratadistas han considerado que la filialización, en la medida en que determina la transformación de una sociedad operativa en una sociedad holding, comporta una alteración radical del objeto social –la sustitución de un objeto de explotación industrial por un objeto de administración de participaciones- y que, por tanto, hace merecedores a los accionistas de la protección dispensada por el ordenamiento para el caso de sustitución del objeto social. De acuerdo con este planteamiento, a los accionistas ausentes o disidentes debería reconocérseles el derecho de separación en los términos previstos por los artículos 144 y 147 de la Ley de Sociedades Anónimas”*.

²²⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “La filialización constituye modificación sustancial del objeto social y da derecho de separación”, en Blog Almacén de Derecho, 7 de noviembre de 2011, donde el autor, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011 y en base a los apuntes realizados por varios autores establece lo siguiente: *“Que no hay una alteración del objeto social se comprueba si comparamos el supuesto de filialización con el caso en el que la sociedad vende a terceros todos sus activos o la parte de los activos que constituye la “empresa” que desarrolla unas determinadas actividades de las que forman el objeto social. Por ejemplo, si Telefónica vende a terceros su negocio de móviles o de medios. En tal caso sí que se produciría una modificación de la empresa social y, por tanto, del objeto social. Pero si esa parte de objeto social pasa a ser realizada por una filial lo que hay es una reorganización jurídica que no modifica la empresa efectivamente desarrollada por el ahora grupo de sociedades”*. El autor se refiere además a otro autor alemán (WIEDEMANN) que a pesar de reconocer en la “filialización” una modificación estructural, descarta la posibilidad de que ésta suponga una sustitución del objeto social: *“el objeto social –se dice- sigue siendo el mismo, aunque se desarrolle de modo indirecto”*.

ello no modifica el contenido de la actividad económica principal de la empresa²³⁰. Es decir, si el objeto social de la empresa es la producción de bienes o la prestación de servicios, la actividad seguirá siendo la misma a pesar de que se centralice parte de la función de la tesorería. Si esto es así, es decir, si no hay sustitución del objeto social, no puede reconocerse un derecho de separación a favor del socio que discrepa acerca de la celebración de un contrato de *cash pooling*.

IX. No existe una influencia dominante de la sociedad *pooler* a las sociedades filiales, pero sí una dependencia económica de éstas últimas a la sociedad *pooler*.

La participación accionarial, las cláusulas de dependencia que suelen contenerse en el contrato de grupo, así como otros pactos adicionales, pueden favorecer la existencia de una influencia dominante de la sociedad matriz sobre sus filiales²³¹, idónea a su vez para colocar a éstas últimas en una posición de dependencia económica.

En torno a esta cuestión, se discute en nuestra doctrina cuáles son los sectores empresariales que ha de abarcar la influencia para que pueda calificarse como dominante. Para unos autores, es necesario que las decisiones de la matriz influyan con carácter global sobre todos los sectores empresariales fundamentales (producción, comercialización, financiación, política de personal); para otros basta con que la influencia tenga lugar sobre una única dependencia sectorial; mientras que para la doctrina mayoritaria, la influencia únicamente puede calificarse de dominante si recae sobre la política de personal o sobre el sector financiero, al considerar que si la empresa filial no puede disponer libremente de sus recursos

²³⁰ LÓPEZ EXPÓSITO, ANTONIO J., “Aspecto societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, p. 119: “el ejercicio de la dirección unitaria sobre sociedades participantes no es más que un simple modo de realizar el objeto social para el que los administradores se encuentran facultados por el hecho de su nombramiento que no justifica una modificación del mismo”.

²³¹ ARRIBA FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 240.

financieros, tampoco puede poner en funcionamiento su política empresarial ni ser económicamente independiente²³².

Trasladando estas observaciones a nuestro supuesto de hecho, compartimos con la doctrina comparada que no es posible configurar una influencia dominante en el compromiso de las sociedades participantes de transferir su liquidez a la sociedad *pooler*²³³. Esta última no influye de forma global y estable sobre las decisiones financieras de las empresas filiales sino que solamente interviene en determinadas actividades relacionadas con la gestión de la tesorería. En efecto, tal y como hemos señalado más arriba, las empresas filiales mantienen parte de sus competencias o funciones de gestión de tesorería.

Por otra parte, no obstante, no creemos que pueda descartarse por completo la idea de hallar una dependencia económica de las filiales a la sociedad *pooler*. Si bien es cierto que en teoría las sociedades filiales disponen en todo momento de la opción de retirar su relación con la sociedad *pooler* y contratar los servicios de gestión de la tesorería con un tercero, por ejemplo con un banco, lo cierto es que en la práctica esta opción no resulta tan factible. Hemos defendido a lo largo del trabajo que los órganos sociales de las filiales han de actuar en todo momento con independencia en sus decisiones, pero no por ello podemos obviar que estas sociedades se organizan y coordinan a través de una estructura de grupo. En este sentido, las filiales quedan inevitablemente sujetas a una dirección unitaria, que aún siendo natural y no imperativa, comporta una serie de deberes y obligaciones a cargo de aquellas que efectivamente pueden dar lugar a una situación de dependencia económica.

²³² ARRIBA FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., p. 122.

²³³ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 199-209.

Capítulo III. Aspectos de Derecho Societario (2).

Límites al poder de dirección unitaria; manifestaciones patológicas; y deberes y responsabilidades de las partes.

SUMARIO: I. Introducción. II. Manifestaciones patológicas. 1. Planteamiento. 2. Abuso del poder de dirección unitaria. 2.1. La figura del administrador de hecho. Estado de la cuestión en derecho español y breve referencia a la experiencia francesa. 2.2. Propagación de la crisis entre las empresas del grupo. 3. La confusión de patrimonios. Estado de la cuestión en derecho español y breve referencia a la experiencia francesa e italiana. 4. La doctrina del levantamiento del velo. Estado de la cuestión en España y breve referencia a la experiencia estadounidense. **III. El principio de conservación de capital social en las operaciones de tesorería realizadas en el ámbito de un grupo de sociedades y más concretamente, en el contexto de un contrato de *cash pooling*.** 1. La transferencia de liquidez de la sociedad *pooler* a las sociedades participantes (*downstream loans*) y la doctrina de la infracapitalización nominal. 2. Las transferencias de fondos realizadas por la sociedad al socio en relación a la aplicación de la doctrina del capital social. **IV. Deberes y responsabilidades de las partes.** 1. Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades participantes. 2. Deberes y responsabilidades de la sociedad *pooler* y de sus administradores. 2.1. Especial referencia a la responsabilidad de la sociedad *pooler*. Consideraciones generales. 2.2. Deber de impedir la propagación de la crisis e insolvencia. Responsabilidad societaria de los administradores, y responsabilidad contractual y extracontractual de la sociedad *pooler*. 2.3. Responsabilidad por la ausencia de una compensación adecuada.

I. Introducción.

Como ya sabemos, todo grupo de sociedades por subordinación, como el que suele delimitar nuestro supuesto de hecho, se caracteriza por la concurrencia de dos elementos: el ejercicio de la dirección unitaria por parte de la sociedad matriz, y la dependencia de las sociedades filiales a aquella. En todo caso, conviene recordar que en un funcionamiento normal del modelo de *cash pooling*, en cuanto que la sociedad *pooler* no interfiere de forma absoluta en las decisiones financieras de las empresas filiales, no puede en principio hablarse de una influencia dominante.

Pese a ello, ha de tenerse presente que tanto la dirección unitaria como la dependencia instituyen situaciones de peligro potencial²³⁴. Este peligro suele manifestarse, como puede notarse, en situaciones en las que el órgano de administración de las sociedades filiales no actuara como cabría esperar del administrador diligente de una sociedad independiente, ni con respeto al deber de lealtad. Es decir, en caso de que tales administradores obedecieran instrucciones de terceros insatisfactorias para el interés social de la sociedad que administran²³⁵.

En efecto, en nuestro supuesto de hecho podría suceder que la sociedad *pooler* aprovechara su posición para decidir sobre determinados asuntos financieros de las empresas del grupo, realizando de este modo una influencia negativa e injustificada sobre ciertas sociedades dependientes. En efecto, la práctica empresarial ha demostrado que la sociedad matriz, en ocasiones, puede estar en condiciones de dictar a las filiales determinadas instrucciones que sobrepasen los límites legales, contractuales o estatutarios²³⁶. Puede hablarse en estas circunstancias de una conducta abusiva por parte de la sociedad matriz con vocación de dañar el interés social de la misma.

Las situaciones de abuso de poder e injerencia negativa en la sociedad filial, como veremos a continuación, se hacen más evidentes en situaciones de crisis empresarial o insolvencia. En este sentido, ha destacado la doctrina italiana que en situaciones de proximidad a la crisis, los deberes de correcta gestión empresarial y societaria conectados a la actividad de dirección unitaria deben intensificarse necesariamente, a fin de definir una planificación y estrategia de gestión idóneas para salvaguardar la situación patrimonial de la sociedad, evitar una efectiva crisis o en su caso, la propagación de la misma dentro del grupo y en definitiva, proteger

²³⁴ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 112 y 158 y ss.

²³⁵ Remitimos al capítulo 2, epígrafe 5: La dirección unitaria, las instrucciones vinculantes y los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades dependientes.

²³⁶ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, cit., pp. 253 y ss.

a los accionistas minoritarios y acreedores de la misma²³⁷. Sin perjuicio de su posterior desarrollo, baste ahora anunciar que tales deberes de correcta gestión empresarial y societaria se han concretado en las siguientes conductas: (1) pronóstico de la evaluación de la situación de la empresa y en particular, del grado de riesgo de insolvencia; (2) planificación financiera; (3) información intragrupo sobre el estado económico, especialmente ascendente; y (4) *solvency tests* y *liquidity tests* a las sociedades del grupo²³⁸.

II. Manifestaciones patológicas.

1. Planteamiento.

Ha de tenerse presente que en el ámbito de un contrato de *cash pooling* se realizan múltiples transferencias de tesorería entre las sociedades participantes y la sociedad *pooler*. La disposición de la liquidez por parte de la sociedad *pooler*, bien para financiar a otras sociedades del grupo o bien para realizar pagos a terceros en nombre de las filiales puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a situaciones patológicas como pueden ser, entre otras, abusos de poder, confusión de patrimonios u otras operaciones que infringen las normas del capital social, particularmente relevantes en casos de insolvencia de una o más empresas del grupo.

Sin embargo, como acertadamente han indicado algunos autores, solo por el hecho de que en presencia de circunstancias aisladas y particulares, el contrato de *cash pooling* pueda dar lugar a una situación patológica, no puede ni debe admitirse que el sistema sea en sí mismo ilícito²³⁹. Prueba de ello es el gran número de grupos de sociedades españoles e internacionales que a día de hoy han implementado y

²³⁷ MIOLA, MASSIMO, “Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società”, cit., pp. 2691-2695.

²³⁸ MIOLA, MASSIMO, “Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società”, cit., pp. 2695-2705.

²³⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 256-259.

siguen haciéndolo cada vez con más frecuencia, este modelo de gestión centralizado de la tesorería, precisamente a causa de su legitimidad y de las ventajas económicas que proporciona para los grupos en general y para las sociedades individuales en particular.

2. Abuso del poder de dirección unitaria.

Los casos de eventuales abusos del poder de dirección unitaria en el contexto de un contrato de *cash pooling* pueden ser múltiples y heterogéneos, sin bien, a continuación nos vamos a detener en aquellos que mayor repercusión jurisprudencial y doctrinal han tenido.

2.1. La figura del administrador de hecho. Estado de la cuestión en derecho español y breve referencia a la experiencia francesa.

Para empezar con el análisis de las posibles manifestaciones patológicas de la centralización de la tesorería en el ámbito de los grupos de sociedades, debemos detenernos en el supuesto de un comportamiento abusivo por parte de la sociedad *pooler* a consecuencia de su injerencia negativa en la administración de las demás sociedades del grupo. Para realizar este estudio, conviene referiremos a la figura del administrador de hecho, y más concretamente, a la eventual extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores de derecho a sujetos que pese a no ostentar ese cargo, desarrollan las funciones propias del mismo.

Antes de profundizar en este estudio, parece interesante poner de relieve que no todos los ordenamientos jurídicos permiten imputar la condición de administrador de derecho o de hecho a las personas jurídicas²⁴⁰. Mientras España, Francia y en

²⁴⁰ Para mayor detalle sobre este asunto, véase: DEL VAL TALENS, PAULA, “El administrador de hecho persona jurídica”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 941-961.

principio también Italia reconocen la posibilidad de imputar a la persona jurídica la condición de administrador²⁴¹, otros estados como Alemania, Reino Unido o el estado de Delaware prohíben expresamente esta opción²⁴². De acuerdo con los ordenamientos de estos últimos países, la condición de administrador, tanto de derecho como de hecho, tan solo puede admitirse respecto de personas naturales, pero en ningún caso respecto de personas jurídicas.

En el mismo sentido se han pronunciado tanto el Alto Tribunal alemán, el *Bundesgerichtshof*²⁴³, como la *Court of Chancery* de Delaware²⁴⁴, que atendiendo a la imposibilidad legal que recae sobre las personas jurídicas para ejercer el cargo de administrador de derecho, confirman que tampoco puede imputársele a éstos la

²⁴¹ En el caso de España, el artículo 212.1 de la Ley de sociedades dispone que: “*Los administradores de la sociedad de capital podrán ser personas físicas o jurídicas*”. En este sentido, véase: MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, “Requisitos según la judicatura española para la consideración de la figura del administrador de hecho”, *Economist & Jurist*, vol. 21 núm.170, pp. 72-79. En Francia, el artículo L225-20 *Code de Commerce* establece que: “*Une personne morale peut être nommée administrateur...*”. En Italia, por su parte, a partir de la reforma societaria que tuvo lugar en el año 2003, se introdujo en el artículo 2497 del *código civile* un régimen de responsabilidad por dirección y coordinación en materia de grupos que en principio, no debería impedir la administración fáctica de la persona jurídica.

²⁴² En el caso de Alemania, para las sociedades anónimas se indica lo siguiente en el § 76 *Leitung der Aktiengesellschaft – Aktiengesetz*: “(3) *Mitglied des Vorstands kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein*”; y para las sociedades de responsabilidad limitada se dispone en el § 6.2 *Geschäftsführer – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*: “*Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein*”. En el Reino Unido, la sección 155 (1) de la *Companies Act* de 2006 indica que: “*A company must have at least one director who is a natural person*”. Finalmente, en el estado de Delaware, el artículo 141 (b) de la *Delaware General Corporation Law* establece que: “*The board of directors of a corporation shall consist of 1 or more members, each of whom shall be a natural person*”.

²⁴³ BGH Urteil vom 25.02.2002 – ZR 196/00: “[25] a) *Eine Haftung der Beklagten zu 1, einer GmbH, als "faktisches Geschäftsführungsorgan" scheidet von vornherein aus. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG kann Geschäftsführer nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Was nach dem Gesetz für das rechtlich dem geschäftsführenden Organ angehörige Mitglied gilt, ist auch für die Beurteilung maßgebend, ob jemand faktisch als Mitglied des geschäftsführenden Organs in Betracht kommt*”.

²⁴⁴ *Stewart v. Wilmington Trust SP Services, Inc.*, 112 A. 3d 271 (2015).

condición de administrador de hecho y en tal sentido, responsabilidad alguna por desarrollar materialmente las funciones o actividades propias del cargo. En Italia sorprende una sentencia dictada por el *Tribunale di Milano* que se opone a una posible coordinación entre el régimen de responsabilidad en materia de grupos de sociedades y la admisibilidad de la administración fáctica de las personas jurídicas, señalando en la misma línea que el *Bundesgerichtshof* y la *Court of Chancery* que solamente las personas naturales pueden ser calificadas como administradoras de hecho²⁴⁵. La doctrina se ha opuesto a tales conclusiones aduciendo que quien ocupa el cargo de administrador sin aptitudes para ello debe responder, ya se trate de una persona jurídica o de una persona natural, a fin de proteger a los socios y acreedores²⁴⁶.

La posición de esta doctrina es la que pretendía acogerse en el ámbito comunitario. Primero en virtud de la Propuesta de la Novena Directiva sobre Derecho de sociedades, que establecía en su artículo 9.1 la posibilidad de extender la responsabilidad de los administradores a aquellas personas jurídicas que de hecho actuaran como tales. Luego, el intento por alcanzar esta misma solución se contempló en el artículo 22 de la Propuesta de Directiva sobre la *Societas Unius Personae*. Aunque tales propuestas no han llegado a positivizarse en el Derecho europeo, no hay duda de que es ésta la tendencia que prevalece en la doctrina y sobre todo, en los ordenamientos que carecen de un Derecho legislado de grupos, como es el caso de España o de Francia.

Dicho esto, hemos de poner de manifiesto que en Derecho español carecemos de un concepto legal de administrador de hecho. Pese a ello, la figura se encuentra reconocida actualmente en dos normas que nos interesan a los efectos de este trabajo. La Ley de sociedades de capital extiende la responsabilidad del administrador de derecho al administrador de hecho (art. 236.3 LSC). Lo mismo

²⁴⁵ Tribunale di Milano, sez. VIII, 27 febbraio 2012.

²⁴⁶ En la doctrina italiana: ABRIANI, NICCOLÒ, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 281. En la doctrina alemana, puede verse: FLEISCHER, HOLGER, "Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe", AG, 10, 2004, p. 526.

ocurre en la Ley concursal, que a efectos de determinar la persona afectada por la calificación del concurso y aplicar el consecuente régimen de responsabilidad concursal, equipara al administrador de derecho con el administrador de hecho (arts. 172.3, 48.3, 172.2.1º y 93.2.2º).

La ausencia de un concepto legal de administrador de hecho se ha cubierto con una importante construcción doctrinal y jurisprudencial. En un inicio, la figura fue definida desde criterios formalistas, de modo que se entendió que era administrador de hecho quien seguía desarrollando las funciones de administrador incluso después de que su cargo hubiese caducado, con el propósito fundamental de que la empresa no quedara desprovista de su órgano de gestión²⁴⁷. Con el paso del tiempo, la figura del administrador de hecho ha pasado a observarse desde criterios funcionales, que ya no solo atienden a la condición del administrador con cargo caducado sino que se extiende a aquellos otros que a pesar de carecer de un cargo de administrador (porque el nombramiento adolece de algún vicio, se ha extinguido por caducidad o simplemente nunca tuvieron esa condición) desarrollan con habitualidad y autonomía las funciones y decisiones propias de un administrador de derecho, refiriéndose por tanto a todas las que vienen atribuidas por Ley al cargo de administrador²⁴⁸.

²⁴⁷ Dirección General de los Registros y del Notariado a través de la Resolución de 24 de junio de 1968.

²⁴⁸ Para profundizar en la figura del administrador de hecho, véase, entre otros: FACHAL NOGUER, NURIA, *Las interferencias del Derecho concursal en la regulación societaria. Capitalización de créditos, grupos de sociedades y rescisión de operaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 58-77; LATORRE CHINER, NURIA, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, editorial Comares, Granada, 2003, pp. 153 y ss. y en “El concepto de administrador de hecho en el nuevo art. 133.2 LSA”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 253, 2004, pp. 853-900; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, en AA.VV, *Gobierno corporativo y crisis empresariales. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006, pp. 291 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Administradores sociales y administradores de hecho”, en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, JUAN CARLOS/ OLEO BANET, FERNANDO, MARTÍNEZ FLÓREZ, AURORA (Coords.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 534; MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, “Los administradores responsables”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/ ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL (Dirs.)/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN (Coord.), *La responsabilidad de los*

administradores de las sociedades mercantiles, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 66-87, también en “Ámbito subjetivo de la calificación: administradores de derecho y de hecho”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 376 y ss., y en “Requisitos según la judicatura española...”, cit.; SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Reuters Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2007, pp. 313-316; DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición, Cizur Menor, 2006, pp. 244 y ss.; ALONSO UREBA, ALBERTO, “Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (Administradores de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)”, en GUERRA MARTÍN, GUILLERMO, (coord.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, Marzo 2011; BALLESTEROS BARROS, ÁNGEL MARÍA, *La responsabilidad de la sociedad dominante...*, cit., pp. 71 y ss.; ALONSO UREBA, ALBERTO/ PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 29, 2007, pp. 19-37; GIMENO-BAYÓN COBOS, RAFAEL, “Aproximación a la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades”, en CALBACHO LOSADA, FERNANDO, *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 5, 1999, pp. 79-124, en particular, pp. 120-123.

La jurisprudencia ha realizado una construcción de la figura del administrador de hecho, entre numerosas sentencias, destacamos las siguientes: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 421/2015 (recurso núm. 1701/2013), Roj. núm. 3442/2015, de 22 de julio de 2015; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 721/2012 (recurso núm. 1139/2010), Roj. núm. 9191/2012, de 4 de diciembre de 2012: “*Ante el silencio de la norma sobre qué debe entenderse por administrador de hecho, esta Sala ha declarado que lo son “quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición” (sentencias 261/2007, de 14 de marzo, 55/2008, de 8 de febrero, 79/2009, de 4 de febrero, 240/2009, de 14 de abril, 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general”;* Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 13 de junio de 2013: “*En nuestra doctrina mercantil pueden identificarse diversas posturas en lo que se refiere a la conceptualización de la administración de hecho. Un primer sector, que seguiría en este punto la corriente más tradicional, limita la figura del administrador de hecho a aquellos casos en que el cargo de*

De acuerdo con estos principios, parece correcto descartar toda posibilidad de relacionar las funciones de gestión asignadas a la sociedad *pooler* con las propias de un administrador de hecho. La actividad que desarrolla la sociedad *pooler* se refiere únicamente a la coordinación y control de los recursos financieros y de liquidez del grupo de sociedades, es decir, a definir el marco financiero y estratégico del grupo, las posibles sinergias, y la asignación óptima de los recursos financieros entre las filiales, y en su caso, también puede encargarse de la gestión de pagos y cobros a los acreedores y deudores de las empresas filiales en nombre de éstas. Por su parte, la administración de una sociedad se concreta en la buena

administrador ha caducado o bien es fruto de un nombramiento defectuoso. Incluso algún autor considera que sólo pueden ser considerados administradores de hecho, aquéllos cuya actividad haya sido asumida por los socios. Otros autores y las más reciente jurisprudencia civil identifican al administrador de hecho con aquella persona que, con independencia de que haya sido designada formalmente, desarrolla respecto de la sociedad, y de forma directa, continuada e independiente, una actividad positiva de gestión idéntica o equivalente a la de administrador de la sociedad formalmente instituida. Un amplio sector, por otra parte, postula un concepto amplio, descartando como elemento interpretativo la identificación con la figura del administrador de derecho, y basando su delimitación en la búsqueda, respecto del sujeto en cuestión, de los elementos constitutivos de la relación de administración para poder concluir la existencia de una relación de este tipo, pero admitiéndose también la posibilidad de que las funciones de gestión y administración se lleven a cabo de manera indirecta a través del ejercicio de una influencia decisiva y constante sobre los administradores de derecho, lo que permitiría incluir en el contorno a la figura del llamado administrador oculto. De forma que, ante la ausencia de una definición legal sobre la condición de administrador fáctico (al que hacen expresa referencia el C.P. de 1995 y también el art. 172 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio) se ha de acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para la construcción del concepto. Conforme a esta doctrina, ostenta la condición de administrador de hecho quien participa activamente en la gestión y administración de la sociedad, es decir, en el desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto social, con autonomía de decisión y de manera continuada. A este respecto, existe una abundante construcción jurisprudencial de la figura, sobre todo en materia de acciones societarias, de forma que puede traerse a colación la STS de fecha de 14 de abril de 2009: “El art. 133 LSA EDL 1989/15265 se refiere como titulares de la responsabilidad que en él se establece a los “administradores” (o “miembros del órgano de administración”: art. 133.3 LSA EDL 1989/15265), sino también, según la jurisprudencia, los administradores de hecho (así se prevé expresamente a partir de la Ley 26/2003 EDL 2003/29907, que modificó, entre otros, el artículo 133.2 LSA EDL 1989/15265), es decir, quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades o continúan ejerciéndola una vez producido formalmente su cese o sobrevinida la caducidad del nombramiento”.

dirección y control de la sociedad, y en el desarrollo del objeto social. Si esto es así, puede comprobarse que la actividad de gestión que realiza la sociedad *pooler* solo atiende a una parte de la amplia gestión que realiza el administrador²⁴⁹.

Sin embargo, no es menos cierto que en ocasiones, el ejercicio de la gestión de la tesorería centralizada por parte de la sociedad *pooler*, más allá de lo que sería la coordinación y gestión de los recursos financieros puede, con carácter patológico, realizarse de manera intrusiva respecto de las demás empresas del grupo, pudiendo llegar a suplantar al órgano de administración de las filiales de forma continuada a través de instrucciones permanentes²⁵⁰. En este sentido, para admitir

²⁴⁹ De una manera muy similar, en sede de un grupo de sociedades, la doctrina ha descartado toda posibilidad de equiparar la función de la dirección unitaria con la administración de hecho. Por ejemplo, LÓPEZ EXPÓSITO, ANTONIO J., “Aspecto societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, cit. pp. 102 y 103, explica que “*Esta problemática del administrador de hecho adquiere especial significación en sede de grupos de sociedades. (...) Conviene precisar que la mera unidad organizativa y estratégica de las actividades de las distintas sociedades no implica necesariamente el ejercicio de las facultades de administración de las sociedades agrupadas. La dirección unitaria, como ya se ha dicho, se refiere a la planificación conjunta de las actividades de las sociedades agrupadas conforme a unas determinadas directrices orientadas en función del interés del grupo, mientras que la administración se refiere al ejercicio de las competencias de gestión de la sociedad a través del desarrollo de su objeto social. La unidad de dirección implica la administración o gobierno del grupo, de forma que los administradores de la matriz (y del grupo) no gestionan las filiales, que son gestionadas por sus administradores, limitándose a impartir directrices estratégicas de gestión que persiguen la coordinación de las respectivas actividades gestoras de las sociedades filiales cuyo desarrollo sigue correspondiendo a sus administradores de derecho*”.

²⁵⁰ En el contexto de un grupo de sociedades, la imputación a la sociedad matriz de la condición de administrador de hecho suele identificarse como un supuesto patológico. Puede verse en este sentido: FUENTES NAHARRO, MÓNICA, *Grupos de sociedades y protección de los acreedores (una perspectiva societaria)*, Thomson- Civitas Navarra, 2007, p. 281, utiliza el término “patología” para referirse a las situaciones en las que la empresa matriz suplanta la posición jurídica de los administradores de derecho; DEL VAL TALENS, PAULA, “El administrador de hecho persona jurídica”, cit., pp. 945 y 946: “*La condición de administrador fáctico y, en particular, su modalidad de administrador oculto, es susceptible de ser aplicada sobre la entidad dominante del grupo. La doctrina española y comparada ha prestado atención a la delimitación de esta noción con respecto a la dirección unitaria. Como premisa, la mera titularidad o ejercicio de la dirección unitaria no pueden ser identificados con la condición de administrador de hecho de la dominante. La primera se relaciona con la planificación o coordinación de la empresa del grupo. En cambio, la calificación como administrador de hecho de quien ejerce la dirección unitaria se reserva para supuestos*

la consideración de la sociedad *pooler* como administradora de hecho debería probarse que además de la injerencia legítima en la gestión de las subsidiarias en el marco del sistema de centralización de la tesorería, la sociedad *pooler* se ha inmiscuido en la dirección de las mismas de manera reiterada, sistemática, efectiva, externa (es decir, frente a terceros²⁵¹) y con conocimiento de las filiales.

Dicho esto, en nuestro particular supuesto de hecho, la jurisprudencia española ha encontrado en alguna ocasión una injerencia abusiva y continuada de la empresa gestora del grupo en la administración de las filiales, imponiéndole en consecuencia, una responsabilidad social. Podemos recordar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 13 de junio de 2013, con ocasión de la calificación culpable del concurso de acreedores de Viajes Marsans, S.A., que determinó la responsabilidad concursal de la sociedad Posibilitum Business, S.L. en su condición de administradora de hecho de la concursada. El concurso se produjo en el escenario de un sistema de gestión de tesorería centralizada del Grupo Viajes Marsans, en base al cual, la matriz del grupo, Viajes Marsans, S.A., coordinaba la

patológicos, en los que la injerencia en la gestión cercena toda autonomía del órgano administrativo de otra sociedad del grupo"; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, "La regulación de los grupos en la propuesta de código de sociedades mercantiles", *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 1, 2007, pp. 389-408., donde relaciona la figura del administrador de hecho con el grado de centralización del grupo; BALLESTEROS BARROS, ÁNGEL MARÍA, *La responsabilidad de la sociedad dominante...*, cit., p. 83: "la dirección unitaria por parte de la sociedad dominante puede ejercerse, especialmente en los supuestos de grupos jerárquicos de carácter centralizado, de forma tan decisiva respecto de las sociedades dominadas que el órgano de administración de la sociedad dominante haya sustituido la voluntad del órgano rector de la sociedad dominada, actuando como verdadero administrador de hecho de ésta".

²⁵¹ El desarrollo de la actividad de administración frente a terceros como elemento definidor del administrador de hecho es una cuestión particularmente debatida en la doctrina. Entre otros autores, PERDICES HUETOS, ANTONIO, "Significado actual de los administradores de hecho, los que administran de hecho y los que de hecho administran (a propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 18, 2002, pp. 279 y ss.; LATORRE CHINER, NURIA, "El concepto de administrador de hecho en el nuevo art. 133.2 LSA", cit., pp. 853-900; MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, "Los administradores responsables", cit., así como en "Ámbito subjetivo de la calificación: administradores de derecho y de hecho", cit., y en "Requisitos según la judicatura española...", cit.

gestión de pagos a proveedores y cobros a clientes, y los saldos deudores y acreedores resultantes de estas operaciones se soportaban a través de cuentas corrientes intragrupo en las cuales se centralizaban los fondos de tesorería (*cash pooling*). Siendo ya Viajes Marsans, S.A. insolvente, ésta fue adquirida formalmente por la entidad Posibilitum Business, S.L. Es decir, Posibilitum Business, S.L. era propietaria del 100% de las participaciones de la entidad Teinver, S.L. y ésta la propietaria del 100% de las acciones de Viajes Marsans, S.A. En este escenario, Posibilitum Business, S.L. negó ser administradora de la concursada. No obstante, se fundamenta en la sentencia que la entrada de Posibilitum Business, S.L. ocasionó una modificación del equipo directivo del grupo turístico, que fue sustituido por personal de la citada sociedad, lo cual llevó a considerar que la referida sociedad pasó a ostentar la administración de hecho del grupo²⁵².

Parece interesante hacer una referencia a la jurisprudencia y doctrina francesas que aclararon en qué condiciones puede aplicarse el régimen de responsabilidad

²⁵² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, de 13 de junio de 2013: “*La legitimación pasiva de Posibilitum Business, S.L. deriva sin embargo de su condición de administradora de hecho de Viajes Marsans, S.A., atribución que seguidamente pasamos a motivar. (...) Desde la adquisición de las participaciones de Teinver, S.L., por Posibilitum Business, S.L., se modificó la dirección de la entidad Viajes Marsans, S.A. y del grupo que de ésta dependía. De hecho, en precedentes fundamentos se ponderan las nuevas contrataciones habidas, que conllevaron una estructura directiva distinta de la anterior etapa preconcursal, pues debemos recordar la casi coincidencia temporal de la entidad reseñada y la declaración de concurso de Viajes Marsans, S.A. Desde el primer momento, los interlocutores de la Administración concursal, por lo que ésta informa, han sido personas contratadas desde o por Posibilitum Business S.L. y desde el primer momento, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12, se evidenció el cambio en tal dirección y el efectivo control por los nuevos adquirentes de Viajes Marsans, S.A. y las empresas de este grupo. En definitiva, desde el momento en que se adquieren las participaciones de Teinver, S.L., entra un nuevo equipo directivo en Teinver, S.L., en Viajes Marsans, S.A., en Tiempo Libre, S.A.U., en Viajes Crisol, S.A.U., y en Rural Tours Viajes, S.A., en definitiva, en el grupo. Y, tal nueva dirección únicamente tenía en su cúspide a Posibilitum Business, S.L. y a su único propietario, el Sr. Del Cabo. Pretender que la administración de Viajes Marsans, S.A. y otras únicamente incumbía a Teinver, S.L. supone obviar la realidad de tal dirección fáctica respecto de todo el entramado expuesto y descrito en el presente procedimiento*”; FERNÁNDEZ LARREA, IGNACIO, “La responsabilidad concursal del administrador de hecho”, *Legal Today*, 23 de abril de 2018, disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-responsabilidad-concursal-del-administrador-de-hecho>.

social a la matriz u otros gestores precisamente en presencia de una gestión centralizada de la tesorería en el ámbito de un grupo de sociedades. Antes de enumerar tales condiciones es importante apuntar que con anterioridad a la reforma operada por la Ley nº 2005-845 de 26 de julio de 2005 de protección de las empresas (“*sauvegarde des entreprises*”), había dos normas en el ordenamiento jurídico francés (los artículos 180 y 182 de la Ley nº 85-89 de 25 de enero de 1985, sobre la reorganización y liquidación judicial de las empresas) que regulaban de manera rigurosa la responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de un procedimiento concursal. De una parte, el artículo 180 de la Ley²⁵³ del *Code de commerce* establecía la posibilidad de que las deudas de la sociedad fueran respaldadas, en todo o en parte, con o sin solidaridad, por todos los administradores de hecho o de derecho que fueran responsables de un “error de gestión”. Por otra parte, el artículo 182 de la Ley²⁵⁴ preveía la posibilidad de

²⁵³ Loi nº 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Article 180: “*Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux [*action en comblement de passif*]*”.

²⁵⁴ Loi nº 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Article 182: “*En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après : 1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ; 2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ; 3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement [*abus de biens sociaux*] ; 4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ; 5° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ; 6° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale; 7° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire prononcé en application du présent article, le passif comprend, outre le passif personnel, celui de la personne morale*”.

extender el procedimiento concursal o de liquidación a los administradores de hecho o de derecho en caso de que hubieran realizado determinados comportamientos abusivos, con la consecuencia de tener que responder de las deudas de la sociedad. Estas normas quedan hoy recogidas en los artículos 241-9, 245-16, 246-2 y 654-1 2º del *Code de commerce* ²⁵⁵. En virtud de las normas anteriores, la jurisprudencia y la doctrina determinaron la aplicación del artículo 180 de la Ley en caso de que se cumplieran las siguientes condiciones: que existiera una efectiva injerencia en la gestión financiera de la sociedad, que dicha gestión se desarrollara en contra de los principios generales de diligencia y buena fe, y que hubiera un nexo causal entre la gestión y el estado de insolvencia. Por su parte, la aplicación del artículo 182 se condicionaba al supuesto de que la sociedad matriz o gestora, en el ámbito de una determinada operación de tesorería, hubiera favorecido a una sociedad en perjuicio de otra, hubiera mantenido artificialmente

²⁵⁵ Article 241-9: “*Les dispositions des articles L. 241-2 à L. 241-6 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal*”; Article L245-16: “*Les dispositions du présent chapitre visant le président, les administrateurs, les directeurs généraux et les gérants de sociétés par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux*”; Article L246-2: “*Les dispositions des articles L. 242-1 à L. 242-29, L. 243-1 et L. 244-5, visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes ou de sociétés européennes et les gérants de sociétés en commandite par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux*”; Article L654-1.2º: “*Les dispositions de la présente section sont applicables: 2º A toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé*”. En la doctrina, puede verse: SAINTOURENS, BERNARD, “Qualification de dirigeant de fait et caractérisation de la faute de gestion”, *Bulletin Joly Sociétés*, n. 7, 2011, p. 583; HEINICH, JULIA, “Précisions sur la qualification de dirigeant de fait”, *Bulletin Joly Sociétés*, n. 7-8, 2017, p. 463 ; ROZÈS, JEAN-BAPTISTE, “Le dirigeant de fait : une situation créatrice de responsabilités sans pour autant exonérer le dirigeant de droit de ses propres responsabilités”, *Village de la Justice*, 2011, disponible en : https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=001876118777903843559:qoxtwxd5wk&q=https://www.village-justice.com/articles/dirigeant-situation-creatrice,10862.html&sa=U&ved=2ahUKEwiE_mvrsnnAhVVAWMBHeEYAlgQFjAAegQIABAC&usg=AOvVaw2KN1nFyZRRHHGRQMB84tjBH.

en vida una sociedad a través de préstamos y financiación, o hubiera realizado una contabilidad ficticia²⁵⁶.

Estos presupuestos pueden resultar útiles para detectar escenarios de injerencia abusiva por parte de la sociedad *pooler* en las sociedades filiales en el contexto de un contrato de *cash pooling*. Sin embargo, no debemos dejar de insistir en que el supuesto planteado, a pesar de tener el mérito de identificar uno de los aspectos patológicos que pueden presentarse en un modelo de gestión centralizada de la tesorería en el ámbito de un grupo, no puede aceptarse como un fenómeno común del funcionamiento “fisiológico” del sistema.

2.2. Propagación de la crisis entre las empresas del grupo.

En todo grupo centralizado existe el riesgo de que la manifestación de una situación de crisis en una sociedad del grupo se propague a las demás, dándose lugar de este modo a una crisis generalizada en todo el grupo. Este escenario está destinado a producirse especialmente en grupos en los que la función de la gestión de la tesorería se encuentra centralizada en la sociedad matriz. En efecto, la doctrina comparada ha destacado el contrato de *cash pooling* como un medio favorable o propenso a la propagación de la crisis de una sociedad a otra por virtud de un efecto dominó, susceptible de operar tanto en sentido ascendente como en sentido descendente u horizontal²⁵⁷. Se ha dicho que la propagación de la crisis dentro de un grupo de sociedades avanza siempre en dirección opuesta al sentido

²⁵⁶ Las condiciones han sido enumeradas por: DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., p. 262. No obstante, para un análisis más exhaustivo de los artículos 180 y 182 de la derogada Loi n. 85-95 de 1985, véase la siguiente doctrina francesa: OBADIA, ÉLOÏSE/ SEXER, YVES, “La responsabilité des dirigeants et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985”, *Bulletin Joly Sociétés*, n. 6, 1994, p. 617; BOURRIÉ-QUENILLET, MARTINE, “La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif (pratique judiciaire)”, *Juris-Classeur périodique, édition entreprise*, 1998, pp. 455-461.

²⁵⁷ MIOLA, MASSIMO, “Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società”, en AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa*, vol. II, ed. Utet Giuridica, 2014, pp. 2711-2721.

de la financiación. De este modo, en el caso de un préstamo realizado por una sociedad filial a la sociedad *pooler* (*upstream loan*), el desequilibrio financiero de ésta última puede propagarse a la empresa prestamista como consecuencia de la falta de reembolso del préstamo o bien por la imposibilidad de la filial de ejecutar la garantía que tuviera a su favor. Téngase en cuenta además que en el contexto de un acuerdo de *cash pooling*, las sociedades filiales carecen de reservas de liquidez o de líneas de crédito externas, lo que les impide cualquier posibilidad de reconstituir su tesorería. Por su parte, en el caso de un préstamo concedido por la sociedad *pooler* a una sociedad filial (*downstream loan*) que se encuentra en crisis o en una situación próxima a ella, la propagación de la crisis en sentido ascendente viene dada también por la falta de recuperación de las sumas prestadas, lo que puede generar no solo la crisis o la insolvencia de la sociedad *pooler* sino también la del resto de sociedades del grupo, que al haber transferido todos sus recursos a la *pooler*, podrían quedar afectadas por aquel efecto dominó.

A pesar de poder encontrar en la jurisprudencia española y europea varios ejemplos de propagación de crisis o insolvencia en el ámbito de un contrato de *cash pooling*²⁵⁸, no parece posible admitir que éste sea el escenario que normal o habitualmente derive de la presencia de crisis en una determinada sociedad. Como ya hemos avanzado y más tarde analizaremos con detalle, entendemos que la sociedad *pooler*, o más concretamente su órgano de administración, a propósito del ejercicio de la dirección unitaria y del compromiso asumido en el propio contrato de *cash pooling* de llevar a cabo una adecuada y diligente gestión de la tesorería centralizada, asume el deber y la responsabilidad de prevenir e impedir la propagación de la crisis o de la insolvencia dentro del grupo. Si esto es así, podemos concluir que tal manifestación patológica solo tendrá lugar en aquellos casos aislados y particulares en que la sociedad *pooler*, incumpliendo sus deberes de gestión, no evite de ningún modo dicha propagación de la crisis entre las empresas del grupo.

²⁵⁸ Es el caso, entre otros, de la insolvencia del grupo Marsans.

3. La confusión de patrimonios. Estado de la cuestión en derecho español y breve referencia a la experiencia francesa e italiana.

Parte de la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que las continuas transferencias de liquidez que se llevan a cabo en un sistema de centralización de la tesorería en el ámbito de un grupo de sociedades pueden constituir, de hecho, un elemento característico de la confusión de patrimonios²⁵⁹ entre las mismas, al entender que la mecánica por la cual las filiales se comprometen a transferir a la matriz u otra sociedad específica toda su liquidez con el fin de que ésta la utilice para conceder crédito a las empresas que lo necesiten en su nombre, no puede admitirse como una forma legítima de dirección unitaria. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en una sentencia de 4 de diciembre de 2013, considera que el pago de deudas entre las empresas del grupo mediante un sistema de gestión centralizada de la tesorería con trasvases de saldos, borra la autonomía financiera de las empresas dominadas por la principal²⁶⁰. Asimismo,

²⁵⁹ Sobre la posible confusión de patrimonios en los grupos de sociedades, puede verse: BOLDÓ ROCA, CARMEN, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 342 y ss., en particular, la autora manifiesta en la p. 346 lo siguiente: “*La protección de los intereses de los acreedores de la sociedad dominada es uno de los grandes problemas que plantean los grupos de sociedades, y probablemente el que tiene más incidencia externa. En efecto, la integración en un grupo por parte de una sociedad puede dar lugar a que se produzcan actuaciones que tengan como consecuencia una desviación del patrimonio de la sociedad dominada hacia la sociedad dominante*”.

²⁶⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sección 2ª), resolución núm. 844/2013 (recurso núm. 1608/2013), Roj. núm. 16038/2013, de 4 de diciembre de 2013; MOLINS GARCÍA-ATANCE, JUAN, “El grupo de empresas con efectos laborales”, Trabajo y Derecho, núm. 4, Abril 2015, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 2694/2015, [versión digital], establece que “*parte de la doctrina científica sostiene que las técnicas de cash pooling pueden determinar la existencia de caja única, al conllevar la gestión centralizada de todas las cuentas de las empresas del grupo y, por tanto, la permeabilidad operativa y contable. Y esta situación de caja única origina la confusión patrimonial porque, aunque la contabilidad y patrimonio de cada una de las empresas suelen estar claramente deslindados, en la práctica es meramente formal, habida cuenta que la empresa matriz actúa como banco para el conjunto de empresas del grupo, diluyéndose la autonomía financiera de cada una de aquéllas. En una situación de cash pooling los medios financieros son comunes y compartidos por las empresas del grupo, concurriendo la confusión patrimonial*”.

también podemos señalar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca de 6 de noviembre de 2013 que, con ocasión de un supuesto de consolidación concursal –con independencia de que se valoraran otros elementos que llevaron a la admisión de una grave confusión patrimonial- considera la existencia de un *cash pooling* en el grupo como un elemento que justifica la confusión de patrimonios²⁶¹.

Al margen de estos pronunciamientos, queremos subrayar que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han descartado la identificación de un sistema de gestión centralizada de la tesorería con una situación de confusión patrimonial, al menos en el caso de uno ordenadamente gestionado. Es decir, no hay motivo para admitir una confusión de patrimonios si los ingresos y las salidas de fondos están perfectamente documentados, contabilizados y diferenciados entre empresas²⁶².

²⁶¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm 1 de Palma de Mallorca, de 6 de noviembre de 2013. Algunos de los argumentos de esta sentencia han sido criticados por la doctrina por entender que el *cash pooling* no constituye un sistema que per se dé lugar a una situación de confusión de patrimonios. Así, por ejemplo, FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “Consolidación de inventarios y lista de acreedores y grupos de sociedades”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 23, Sección varia, La Ley 4417/2015, 2015, p. 7: “Esta reflexión se plantea especialmente oportuna a partir de la lectura de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (núm.1) de Palma de Mallorca de 6 de noviembre de 2013. Con ocasión de este pronunciamiento —sin perjuicio de que en el caso también se valoraran otros elementos que aparentemente justificaban la existencia de una grave confusión de patrimonios entre las distintas sociedades— se invoca la existencia de un sistema de *cash pooling* en el grupo como un elemento más que justifica la existencia de esa confusión y que, en consecuencia, permite aplicar la consolidación del art. 25ter.”.

²⁶² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca (Sección 1), resolución núm. 132/2017 (recurso núm. 404/2013), Roj. núm. 3022/2017, de 29 de marzo de 2017, indica que: “En definitiva lo que se interfiere de la existencia del contrato de *cash pooling* (porque dicha forma de gestión debe estar documentada y debe renovarse a vencimiento, fijando las condiciones económicas del contrato), es una forma de gestión de la liquidez de las sociedades del grupo, permitiendo unos flujos de la tesorería de unas sociedades hacia otras que forman parte de la misma estructura grupal, canalizados a través de una entidad que actúa a modo de caja común. Pero en todo caso documentando esos flujos. Lógicamente, ese *cash pooling* no determina en modo alguno la confusión que la consolidación de masas implica al respecto”; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El contrato de *cash pooling*”, cit., p. 264: “el *cash pooling* ha sido vinculado en no pocas ocasiones con la confusión de patrimonios y el levantamiento del velo. Ahora bien, un *cash pooling* correctamente llevado implica efectuar una correcta contabilización de la tesorería. De hecho, la jurisprudencia

El elemento de la confusión de patrimonios en el supuesto de hecho que venimos analizando también ha sido cuidadosamente estudiado por la jurisprudencia francesa. En este sentido, se ha indicado que la existencia de relaciones financieras entre las diversas empresas del grupo no es suficiente para determinar una confusión de patrimonios. De esta manera, se establece que en presencia de un sistema de gestión centralizada de la tesorería, solamente es posible constatar una confusión de patrimonios si las sociedades (filiales y *pooler*) no llevan a cabo una

francesa, que es la que más se ha ocupado de este concreto fenómeno patológico (la confusión patrimonial), ha establecido que sólo se verifica tal confusión si: (i) las partes (esto es, la sociedad dedicada a la gestión de la tesorería y las otras) no proceden a una correcta llevanza de la contabilidad y (ii) las distintas operaciones de tesorería no encuentran su adecuado reflejo en tal contabilidad. Sin embargo, en un cash pooler correctamente gestionado ninguna de estas circunstancias concurre. La pooler mantiene en su propia contabilidad una adecuada y correcta anotación de las distintas operaciones de tesorería. Así es como debe obrar, ya que el hecho de que la liquidez de todo el grupo se encuentre físicamente recogida por la pooler y utilizada para cubrir las necesidades del grupo, no es por sí sola circunstancia suficiente para dar lugar a una confusión de patrimonios”.

La misma postura se ha seguido en el ámbito laboral, donde se ha considerado que una situación de caja única no da lugar necesariamente a una confusión patrimonial. Puede verse a estos efectos: SERRANO OLIVARES, RAQUEL, “Grupo de empresa a efectos laborales y cash pooling”, cit., pp. 4-7. En la jurisprudencia social puede verse, entre otras sentencias: Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1), resolución núm. 8/2013 (recurso núm. 257/2013), Roj. núm. 7/2014, que establece que la caja única no produce una situación de confusión de patrimonios “*por cuanto se ha acreditado que los ingresos y salidas de la cuenta centralizada están perfectamente documentados y diferenciados por empresas, por lo que no concurre la exigencia de promiscuidad patrimonial, como reclama la jurisprudencia*”; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia (Sección 2), (recurso núm. 934/2015), Roj. núm. 960/2016, de 18 de abril de 2016, que dispone lo siguiente: “*Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios, hace referencia a los que en doctrina se ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica” y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”, lo que no es identificable con las novedosas situaciones de “cash pooling” entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes*”.

correcta contabilidad de los flujos y las transferencias de liquidez se realizan en condiciones anormales²⁶³.

Sin embargo, no es menos cierto que en circunstancias aisladas y particulares, las continuas transferencias de liquidez pueden dar lugar a una verdadera situación de confusión de patrimonios. A este propósito, la jurisprudencia comparada, con referencia al particular supuesto de gestión centralizada de la tesorería en los grupos de empresa, ante la imposibilidad de reconocer la autonomía e independencia de las empresas del grupo, dada la anormal contabilidad de los flujos financieros, ha identificado casos de manifestaciones patológicas de confusión patrimonial. Por ejemplo, en la jurisprudencia italiana, es tradicional acudir al caso Caltagirone²⁶⁴, en el que se pudo apreciar una confusión de patrimonios en el contexto de una tesorería centralizada. En este caso, los tres hermanos Caltagirone se encargaban de gestionar la tesorería de un grupo de empresas de su propiedad que se encontraba centralizada en una cuenta común. Ellos mismos, con cierto abuso de poder, decidían sobre la política financiera de las empresas del grupo y en numerosas ocasiones, transferían a sus cuentas personales la liquidez de las mismas, dándose lugar a un supuesto de confusión patrimonial²⁶⁵.

²⁶³ F.X. LUCAS, *Les filiales en difficulté*, en *Les Petites Affiches*, 89, 2001, p. 70; P. BOUTEILLER, *Groupe de sociétés: centralisation des opérations de trésorerie*, en *Juris-Classeur Périodique, La Semaine Juridique*, ed. E, 42, 2001, p. 1658 y ss., a través de DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 263 y 264.

²⁶⁴ PEZZANO, G., "Tribunale di Roma, sentenza 15 de marzo de 1980; Pres. Palmisano, Est. G. Prestipino; Fall. soc. di fatto Caltagirone Gaetano, Caltagirone Bellavista Francesco e Caltagirone Bellavista Camilo", en *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1980), pp. 2285-2290.

²⁶⁵ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 274 y 275.

4. La doctrina del levantamiento del velo. Estado de la cuestión en España y breve referencia a la experiencia estadounidense.

La doctrina del levantamiento del velo se ha contemplado en la jurisprudencia estadounidense como una respuesta a los abusos de poder y a la confusión de patrimonios en el escenario de un funcionamiento anómalo de los modelos de gestión centralizado de la tesorería. Nuestros jueces no han dictado por ahora ninguna sentencia en este sentido, de modo que nos parece interesante revisar los presupuestos que según aquella jurisprudencia han de concurrir en el funcionamiento del *cash pooling* para que pueda aplicarse esta doctrina.

Antes de adentrarnos en este examen, conviene que recordemos que el propósito principal de la teoría del levantamiento del velo es corregir los abusos que se producen cuando la personalidad jurídica de la empresa se utiliza para eludir el cumplimiento de determinados deberes establecidos por la ley²⁶⁶. Ello se consigue

²⁶⁶ Para una mayor comprensión de la figura, pueden leerse los siguientes trabajos: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN, “La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status quaestionis”, *La Ley mercantil* (4287/2016), núm. 26, Sección Empresa y empresario, Junio 2016; BOLDÓ ROCA, CARMEN, *Levantamiento del velo y persona jurídica*, cit., pp. 268 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Personalidad jurídica y levantamiento del velo (i) y (ii)”, 17 de noviembre de 2015, disponible en: <https://almacenederecho.org/lecciones-personalidad-juridica-y-levantamiento-del-velo-i/> y <https://almacenederecho.org/lecciones-personalidad-juridica-y-levantamiento-del-velo-y-ii/>; FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores (Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005)”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 28, 2007, pp. 351-369; LÓPEZ BUSTABARD, IGNACIO-JAVIER, “La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la Jurisprudencia española y anglosajona”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 295, 2015, p. 488; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2016, [versión digital]; EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Levantamiento del velo y grupo de sociedades”, en *Rincón de Comenda*, Grupo investigador en Derecho de sociedades, 12 de enero de 2017, disponible en: <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/levantamiento-del-velo-y-grupo-de-sociedades/>; En la jurisprudencia: Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las de 24/9/1987, 4/3/1988 y 12/11/1991; Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo civil, Sección 1), resolución núm. 572/2016 (recurso núm. 2151/2014), Roj. 4177/2016, de 29 de septiembre de 2016, en la que se rechaza la aplicación del levantamiento del velo en tanto que la existencia de un grupo no da lugar a un supuesto de abuso de personalidad jurídica.

prescindiendo de la personalidad jurídica, es decir, penetrando a través de la empresa para identificar a las personas físicas que se esconden bajo su cubierta.

Dicho esto, ya podemos referirnos a la doctrina y jurisprudencia norteamericana²⁶⁷. En torno a este tema, los Tribunales han entendido que el deber de aplicar el levantamiento del velo (*piercing the corporate veil*) surge cuando se dan una serie de circunstancias excepcionales asociadas a la dominación y control por parte de la matriz o *holding* y al fraude y uso indebido de la personalidad jurídica²⁶⁸ (solución que debemos asimismo aplicar en presencia de un sistema de gestión centralizada de la tesorería). Se destacan las siguientes circunstancias: 1) que haya una injerencia notable en los órganos de administración de las empresas filiales por parte de la matriz, privando a aquellos de realizar las actividades inherentes a su cargo, como por ejemplo, decidir sobre la política financiera y adoptar las decisiones más importantes del día a día²⁶⁹; 2) que se compruebe una falta de integridad financiera de las filiales como consecuencia de la manipulación por parte de la empresa matriz de los recursos financieros de aquéllas. Esta situación suele tener lugar en situaciones en las que la

²⁶⁷ SMITH, DOUGLAS G., "Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries", Brigham Young University Law Review, Vol. 2008, no. 4, 2008; George Mason University Law and Economics Research Paper no. 08-08, disponible en: https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/08-08%20Piercing%20the%20Corporate%20Veil.pdf; MUSCAT, ANDREW, *The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiaries*, Routledge, 1996, pp.. 576, expone ampliamente las diferentes prácticas abusivas por parte de una *holding* en el ámbito de un grupo de sociedades.

²⁶⁸ SMITH, DOUGLAS G., "Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries", cit., p. 5. El autor señala la importancia que la responsabilidad limitada tiene en los sistemas económico y legal, y en este sentido recalca la aplicación excepcional del levantamiento del velo; En la jurisprudencia pueden destacarse los siguientes casos: *Calvert v. Huckins*, 875 F. Supp. 674, 678 , District Court, E.D. California, 1995; *Sonora Diamond Corp. V. Superior Court, Sonora Union High School District*, 2000.

²⁶⁹ Pueden destacarse los siguientes casos: *Glacier General Assurance Company Co. v. G. Gordon Symons Co., Ltd., and Canadian Management, Ltd.*, 631 F.2d 131 , Oct. 23, 1980; *United Rubber, Cork, Etc. v. Great Am. Industries*, 479 F. Supp. 216 (S.D.N.Y. 1979); *Allen v. Oberdorfer Foundries, Inc.*, Appellate Division of the Supreme Court of New York, Fourth Department, 1993.

empresa controlada es forzada o manipulada para transferir sus propios recursos a la matriz o a concederle préstamos sin la obtención de una contrapartida suficiente²⁷⁰; 3) que haya evidencia de fraude y uso indebido de la personalidad jurídica de la filial²⁷¹; 4) que sea imposible reconocer una autonomía e independencia de las filiales como consecuencia del alto grado de dependencia financiera de éstas a la matriz o u otras empresas del grupo para poder llevar a cabo su negocio, y cubrir pérdidas o pagar gastos²⁷²; 5) se cause un daño real a la sociedad filial, por ejemplo, esté inadecuadamente capitalizada en relación con la naturaleza y riesgos del negocio²⁷³; 6) se aprecie una confusión de patrimonios²⁷⁴; y por último, 7) se demuestre una violación de las normas contables.

²⁷⁰ En este sentido, en la siguiente sentencia no se aprecia la aplicación del levantamiento del velo por no existir control y manipulación: Escobedo v. BHM Health Associates, Inc., 818 N.E.2d 930, Indiana Supreme Court, 2004: *“We affirm the trial court’s Judgment that there is no basis under the law for “piercing the corporate veil” here because the evidence does not meet the two-prong test that the corporate form was so ignored, controlled, or manipulated that it was merely the instrumentality of another and that misuse of the corporate form would constitute a fraud or promote injustice”*.

²⁷¹ Resolution Trust Corp. V. Lathan & Watkins, 909 F. Supp. 923, U.S. District Court for the Southern District of New York, 1995: *“Absent proof of intentionally fraudulent conduct, courts simply do not pierce the corporate veil”*; Extra Energy Coal Company v. Diamond Energy and Resources, Inc., 467 N.E.2d 439, 441 Ind. Ct. App., 1984; SMITH, DOUGLAS G., *“Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries”*, pp. 13 y 14.

²⁷² *Advocat v. Nexus Industries, Inc.*, 497 F. Supp. 328, U.S. District Court for the District of Delaware; *Texas Industries, Inc. v. Lucas*, 634 S.W.2d 748, Court of Appeals of Texas, 1982; *Gentry v. Credit Plan Corporation of Houston*, 528 S.W.2d 571, Texas Supreme Court, 1975; *Vucci v. Meyers Bros. Parking System*, 494 A.2d 530, Supreme Court of Rhode Island, 1985.

²⁷³ *Morris v. Dep’t of Taxation & Finance*, 623 N.E.2d 1157, 1160-61, N.Y. App., 1993: *“Generally, however, piercing the corporate veil requires a showing that: (1) the owners exercised complete domination of the Corporation in respect to the transaction attacked; and (2) that such domination was used to commit a fraud or wrong against the plaintiff which resulted in plaintiff’s injury”*. La subcapitalización es relevante solamente en los supuestos en los que se pueda demostrar que la personalidad jurídica es una farsa: *Automotriz Del Golfo de California S.A. de C.V. v. Resnick*, 47, Cal, 2d 792, 797, 1957: *“undercapitalized means that the amount of capital is illusory or trifling compared with the business to be done and the risks of loss”*. Aunque algunos Tribunales han considerado el “desvío” de fondos de una sociedad a otra como un presupuesto para levantar el velo jurídico, la mayoría de los Tribunales reconoce que tales transferencias pueden ser normales. Por ejemplo, *Hamilton*, 774 N.E.2d, 564: *“Alter ego status cannot be inferred*

Sin entrar a profundizar en el debate que existe acerca del empleo de la teoría del levantamiento del velo y la desatención o eliminación que está teniendo en algunos ordenamientos, como el alemán y el inglés²⁷⁵, es oportuno señalar que su aplicación debe realizarse con cierta prudencia, ya que de otro modo, se vulneraría el principio de responsabilidad limitada que distingue a las sociedades capitalistas. En particular, para que pueda levantarse el velo en presencia de un sistema de gestión centralizado de la tesorería en el ámbito de un grupo de sociedades, provocando de este modo que los socios y administradores del grupo compartan responsabilidades, deben darse las circunstancias especiales anteriormente referidas.

III. El principio de conservación de capital social en las operaciones de tesorería realizadas en el ámbito de un grupo de sociedades y más concretamente, en el contexto de un contrato de *cash pooling*.

Continuando con el estudio de las posibles manifestaciones patológicas, es preciso señalar que en el contexto de un contrato de *cash pooling*, los sucesivos préstamos

whenever a shareholder withdrawals is made while the Corporation is insolvent. If it did, every payment to a stockholder during insolvency would justify piercing the corporate veil", o también Kaplan v. First Options of Chicago, 19 F.3d 1503, 1522, 1994.

²⁷⁴ FLETCHER CYCLOPEDIA CORPORATIONS, Thomson Reuters, Nov. 2004, § 41.5: "Evidence that shareholders used corporate funds for personal purposes, mixed corporate and personal accounts, or commingled assets so that ownership were indistinguishable will be weighed, along with other factors, when a disregard of corporate separateness is urged"; SMITH, DOUGLAS G., "Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries", p. 11, el autor señala que cuando hay una confusión de patrimonios, la sociedad no se encuentra diferenciada de los socios, y ésta puede ser una condición para aplicar el levantamiento del velo. Se trata de una circunstancia que debe distinguirse o no confundirse con lo que son las transferencias corporativas normales entre matriz y filial. En este sentido, FLETCHER CYCLOPEDIA CORPORATIONS, cit.: "In the parent/subsidiary context, a court will not pierce the corporate veil merely because the parent and subsidiary issued consolidated financial statements, or because the parent provided financing to the subsidiary".

²⁷⁵ SCHALL, ALEXANDER, "The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK", European Company Financial Review, vol. 13, issue 4, 2016, pp. 549-574.

y garantías efectuados tanto en sentido ascendente como descendente entre la sociedad *pooler* y las sociedades filiales pueden conducir, como consecuencia de un eventual abuso por parte de la sociedad *pooler* en el ejercicio de su actividad de gestión y dirección unitaria, a una violación del principio de conservación del capital social de las filiales. Ello con el riesgo de provocar un deterioro de la posición económica de la filial e incluso su quiebra, además de poder colocar a sus accionistas externos y acreedores en la misma situación.

En este escenario, la doctrina comparada, sobre todo la alemana y la italiana, han demostrado la tendencia tanto del legislador como de los jueces a reducir, o en algunos casos incluso a excepcionar por completo, la aplicación de las normas relativas a la disciplina del capital social para aplicar en su lugar las reglas que rigen el funcionamiento de los grupos de sociedades.

1. La transferencia de liquidez de la sociedad *pooler* a las sociedades participantes (*downstream loans*) y la doctrina de la infracapitalización nominal.

La calificación que merecen las transferencias de tesorería efectuadas por la sociedad *pooler* a las sociedades filiales con saldos pasivos ha sido durante años objeto de debate en Alemania e Italia. El legislador, los juristas y los Tribunales de estos países se han cuestionado en numerosas ocasiones si la realización de tales transferencias podría atender al propósito de que una empresa filial supere una situación de infracapitalización nominal²⁷⁶.

²⁷⁶ Este asunto trascendió de forma particular en Alemania. Véase: HEERSTRAßEN, FRANK/ NEBE, FELIX., “Cash pooling after the Reform of the German Act on Limited Liability Companies (GmbHG)”, Loschelder Rechtsanwälte, pp. 1-6, disponible en: https://loschelder.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf/aktuelles/2009/2009-01_DetailsAktuell.pdf; VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)”, German Law Journal, vol. 9, issue 9 (Special issue – Reform of Germany’ s Private Limited Company (GmbH)), 2008, pp. 1155-1176.

En la doctrina italiana, puede verse: MIOLA MASSIMO, “Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale”, cit., pp. 36-78; DACCÒ, ALESSANDRA, *L’ accentramento della*

Antes de adentrarnos en el examen del tema referido, conviene que nos refiramos brevemente a la doctrina de la infracapitalización nominal. Una empresa se encuentra en este estado cuando a pesar de contar con los fondos suficientes para realizar su objeto social, éstos no se han aportado por los socios como capital sino en forma de préstamo. De este modo, la sociedad queda obligada a la restitución del crédito al tiempo que sufre una infracapitalización nominal, con el consiguiente riesgo de que tal operación de reembolso conlleve un quebrantamiento de las normas sobre integridad del capital social. La razón de esta financiación anómala se encuentra en pretender disminuir el capital arriesgado por los socios mientras que se aumenta el nivel de riesgo de la empresa, de manera que si ésta quiebra, los socios puedan recuperar, en condición de acreedores sociales, lo aportado a la misma²⁷⁷. Es decir, el socio invierte en la sociedad pero sin afectar su inversión a capital riesgo.

Como reacción a esta conducta, la doctrina de la infracapitalización afirma que cuando un socio cubre mediante préstamos las necesidades financieras de la

tesoreria nei gruppi di società, cit.; ACERBI, FLAVIO/ GIOIA, DOMENICO/ MANGANELLI, PAOLO, PENNETA, COSIMO, "Italy", cit., p. 276.

²⁷⁷ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", Anuario de Derecho civil, vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1587-1640; BOLDÓ ROCA, CARMEN, *Levantamiento del velo y persona...*, cit. pp. 361 y ss. PORFIRIO CARPIO, LEOPOLDO JOSÉ, "Concurso de acreedores", Revista Derecho de los Negocios, núm. 254, noviembre 2014, [versión digital].

En la jurisprudencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 20 de julio de 2011 recuerda la diferencia que existe entre la denominada infracapitalización material y la infracapitalización nominal, estableciendo que la infracapitalización material se caracteriza "*porque la sociedad se constituye con una manifiesta insuficiencia de capital y fondos propios para afrontar el volumen de riesgos empresariales que corresponden al volumen de actividad prevista o efectivamente realizada*" y la infracapitalización nominal, "*en la que la situación antes descrita se trata de suplir o al menos paliar mediante aportaciones que los socios o personas vinculadas a ellos realizan a la sociedad en concepto de crédito o préstamo, pero que en realidad están destinados a cubrir la necesidad de fondos propios y que si se adoptan a esta modalidad es, entre otras razones, para poder proceder más fácilmente a su recuperación con los intereses o beneficios correspondientes, obviando el obstáculo que en otro caso supondrían las normas imperativas destinadas a garantizar la realidad e integridad del capital social y la protección de los acreedores sociales*".

empresa que un ordenado empresario habría cubierto mediante una aportación de capital, los préstamos deberán considerarse capital y, por lo tanto, los socios, ante el concurso de la sociedad, solo podrán reclamarlos con el mismo rango que podrían reclamar la devolución de una aportación de capital, es decir, tras haber sido satisfechos todos los acreedores sociales²⁷⁸.

En España hubo algún intento de regular esta solución en el proceso de reforma de la Ley de Responsabilidad Limitada de 1995, si bien, finalmente, se optó por afrontar la problemática desde el Derecho concursal, calificando esos préstamos no como capital sino como créditos subordinados (art. 93 LC). La razón de ello reside en que el capital social no constituye una tutela suficiente para los demás acreedores, puesto que al tiempo de crisis de una sociedad, el capital social puede haber desaparecido. Por su parte, la doctrina de la infracapitalización sí fue acogida por la jurisprudencia y doctrina alemana, pasando luego a tener reconocimiento legal, aunque en la actualidad, como enseguida veremos, estas disposiciones se encuentran derogadas.

Realizado este apunte, podemos retroceder a la cuestión inicial, esto es, al estudio del impacto que tuvo la doctrina de la infracapitalización en el Derecho comparado y cómo influyó su reconocimiento en el tratamiento de las transferencias realizadas por la sociedad *pooler* a las sociedades filiales en el ámbito de un contrato de *cash pooling*.

Para abordar este tema, es necesario traer aquí el debate planteado en el capítulo primero en torno a la naturaleza jurídica de los flujos de tesorería referidos. Hemos de recordar que algunos autores defienden que éstos, en la medida que están destinados a superar situaciones transitorias de iliquidez, carecen de naturaleza crediticia. Tales autores han entendido desde esta perspectiva que estas operaciones han de quedar al margen de la problemática de los préstamos

²⁷⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “La infracapitalización”, Almacén de Derecho, 27 de julio de 2017, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-infracapitalizacion/>.

sustitutivos de capital social²⁷⁹. No obstante, la doctrina mayoritaria, que como sabemos sí admite la consideración de dichas transferencias como préstamos, ha llamado la atención sobre la circunstancia patológica de que la sociedad *pooler*, simultáneamente matriz, actuando de forma abusiva en el ejercicio de la dirección unitaria y por lo tanto, incumpliendo su obligación de dotar de capital social adecuado a la filial, realice de forma encubierta préstamos sustitutivos de capital social. A efectos de detectar si hay indicios para demostrar la anormalidad del préstamo, se ha destacado por parte de algunos autores la importancia de comprobar las condiciones económicas y patrimoniales en que se encuentra la sociedad filial al momento de recibir el préstamo y particularmente, si se encuentra en ese momento en disposición de obtener crédito externo en las mismas condiciones²⁸⁰. En estas circunstancias, según se ha dicho, sería posible hablar de préstamos sustitutivos del capital social.

Toda la problemática expuesta hasta ahora, como hemos avanzado, ha tenido una gran trascendencia en el Derecho alemán²⁸¹, y concretamente en los sistemas de *cash pooling* implementados en Alemania. En este sentido, hemos de empezar indicando que de acuerdo con el anterior Derecho alemán, las transferencias de fondos realizadas por un socio a la sociedad en crisis debían calificarse no como préstamos, sino como una aportación de capital. Por crisis se entendió aquella situación en que la sociedad careciera de liquidez, estuviera sobre endeudada o por cualquier otro motivo, no pudiera obtener financiación de un tercero en condiciones de mercado.

En este sentido, la jurisprudencia señaló que la devolución de los fondos entregados en tales circunstancias debía realizarse con dinero o con bienes de la

²⁷⁹ MIOLA, MASSIMO, "Tesorería concentrada en los grupos de sociedades y capital social", cit., p. 50.

²⁸⁰ DACCÒ, ALESSANDRA, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit. p. 298.

²⁸¹ HEERSTRAßEN, FRANK / NEBE, FELIX., "Cash pooling after the Reform...", cit., pp. 5 y 6; VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, "Cash Pooling Under the Revised German...", cit., pp. 1170-1172.

sociedad que no afectasen al patrimonio social y después de haber pagado al resto de los acreedores sociales, de lo contrario se entenderían infringidas las normas que protegen el capital social (artículo 30 y 31 GmbHG)²⁸². La referida jurisprudencia fue luego reproducida en la Ley de sociedades limitadas (artículos 32.a sobre devolución de créditos y 32.b sobre responsabilidad de la GmbHG). Sin embargo, más tarde, con la entrada en vigor de la MoMiG²⁸³ en 2008, aquellas normas se derogaron y se ajustaron en la InsO²⁸⁴, concretamente en el artículo 135 en relación con los artículos 39.4 y 5, de forma que en la actualidad, los préstamos realizados del socio a la sociedad en crisis ya no se califican como capital social sino que automáticamente se convierten en créditos subordinados, y en el supuesto de que la sociedad los reembolse al socio durante el año anterior a la declaración de concurso, cabrá su impugnación por el Administrador concursal²⁸⁵.

El nuevo enfoque introducido por la MoMiG, según la doctrina alemana, ha supuesto dificultades considerables en lo que respecta a las operaciones de *cash pooling*. En otras palabras, si de acuerdo con la legislación anterior los préstamos pendientes de un socio a la sociedad podían ser cancelados y retirados antes de que la sociedad deviniera en crisis sin que éstos se calificaran necesariamente

²⁸² BHZ 157, 52 (Corte de Justicia Federal de 24 de noviembre de 2003).

HEERSTRAßEN, FRANK / NEBE, FELIX., "Cash pooling after the Reform...", cit., p. 3: "A great deal of uncertainty and a controversial discussion has been caused by the judgement of the Bundesgerichtshof of 24 November 2003 – II ZR 171/01. In this decision, the court held: "Loans granted by a GmbH to one of its shareholders which are not paid out of capital reserves or profit as an illicit payback of corporate property [thereby violating sec. 30 subsection 1 GmbHG] even if the claim for repayment of the loan against the shareholder may in individual cases be fully realizable"; VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, "Cash Pooling Under the Revised German...", cit., pp. 1162 y ss.

²⁸³ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Ley de Modernización del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada).

²⁸⁴ Insolvenzordnung (Ley de Insolvencia).

²⁸⁵ HEERSTRAßEN, FRANK / NEBE, FELIX., "Cash pooling after the Reform...", cit., pp. 5 y 6; VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, "Cash Pooling Under the Revised German...", cit., pp. 1171 y 1172.

como capital, ahora, con la nueva regulación, la cancelación del crédito no es viable en cuanto que el reembolso de los préstamos realizados en el año anterior de que la empresa entre en concurso, debe ser impugnado por el administrador, debe reintegrarse a la masa activa del concurso y luego debe subordinarse. Con la nueva Ley, se comprueba la dificultad para reaccionar a una recesión económica de la empresa en una etapa posterior. Por lo tanto, para evitar las consecuencias legales descritas anteriormente, en el momento de la concesión de un préstamo es necesario evaluar si la sociedad está en grado de poder quebrar en el año próximo^{286y287}.

²⁸⁶ HEERSTRAßEN, FRANK / NEBE, FELIX., "Cash pooling after the Reform...", cit., p. 6: *"The avoidance strategy practiced under the old rules, i.e. the termination of the company's participation in the cash pool and the forthwith reclaim of any outstanding loans, will no longer be a viable concept. As the sole trigger under the new rules is the time of the granting of the loan, it is now impossible to react to an economic downturn of the company at a later stage. Thus, to avoid the legal consequences described above, it will be necessary to assess at the time of the granting of the loan, whether or not the GmbH may become insolvent within the upcoming year. While it was possible under the old rules to react and withdraw outstanding loans in the time before they were entangled in the rules of equity-replacing loans, it is rather impossible to foresee at the time of the granting of the loan, whether or not the economic situation of the subsidiary will develop in such a way to make the commencement of insolvency proceedings inevitable. It will, therefore, not be possible to avoid the liability of sec. 135 InsO by just keeping an eye on the economic situation of the subsidiary. This new concept bears potential for serious conflicts between shareholders and management of the company, because according to sec. 15 a Insolvency Act, the managers of a GmbH are under a duty to file for bankruptcy without delay and at the latest within three weeks after the company becomes insolvent or over-indebted. As a failure to comply with this duty results in criminal and civil liability, a manager will be in serious dilemma, given a situation in which the company becomes insolvent while the one year period for challenging repayment of a loan runs out shortly after the manager's deadline for filing for insolvency";* VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, "Cash Pooling Under the Revised German...", cit., p. 1172.

²⁸⁷ En Italia, aunque el asunto no tuvo tanta trascendencia como en Alemania, también se debatió acerca del riesgo de que los flujos de tesorería descendentes favorecieran una situación de infracapitalización nominal. A fin de mitigar este riesgo, como en Alemania, se consideró que los flujos de tesorería del socio a la sociedad debían tener la consideración de créditos subordinados. Véase: ACERBI, FLAVIO/ GIOIA, DOMENICO/ MANGANELLI, PAOLO, PENNETA, COSIMO, "Italy", cit., p. 276: *"Through a cash pooling agreement, a company may have Access to external financial resources at a convenient Price, possibly limiting the need for shareholders' contributions and allowing shareholders to keep a company undercapitalised. In broad terms, there is an undercapitalisation whenever a company's Corporate capital is excessively low compared to its business activity. The risks of*

En nuestro ordenamiento jurídico, ya hemos avanzado que tampoco se encuentra reconocida la doctrina de la infracapitalización nominal. Desde esta perspectiva, las transferencias de liquidez realizadas por la sociedad *pooler* a una sociedad filial infracapitalizada no pueden calificarse como capital social. De hecho, tales flujos de liquidez, por realizarse en el marco de un grupo de sociedades y entre personas especialmente relacionadas, también habrán de considerarse créditos subordinados por aplicación de los artículos 92.5 y 93.2.3 de la Ley concursal²⁸⁸.

Hemos de recalcar la aplicación, cada vez mayor, de la normativa relacionada con el derecho de grupos para dar respuesta a problemas que inciden sobre la

an undercapitalisation of the Companies participating in a cash pool are partially mitigated by the Italian regulations on financing arrangements between a controlled entity and its subsidiaries, and between subsidiaries of the same group. In fact,, according to legal scholars, a cash pool structure may be interpreted as an intra-group financing arrangement whereby cash transfers from the master account holder to an undercapitalised subsidiary may qualify a form of financing. Under a controlling entity or any other subsidiary of the same group is subordinated to the satisfaction in full of the other creditors of the company in the event of liquidation of the company. Moreover, repayment of intragroup financing to an undercapitalised subsidiary is subject to a form of claw-back, in the event that the company is made bankrupt within the same year”.

²⁸⁸ Entre otros, SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, “Insuficiencia del capital social y postergación legal de créditos”, Anales de la Academia Matritense del Notario, tomo 34, 1995, pp. 145 y ss.; MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios”, en BONARDELL LENZANO, RAFAEL/ MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER/ NIETO CAROL, UBALDO, *La reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad* Dykinson, Madrid, 1994, pp. 941 y ss.; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 12, Sección Estudios, Primer semestre de 2010, pp. 93-115; ALONSO LEDESMA, CARMEN, “La reforma en materia de subordinación crediticia”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 11, Segundo semestre de 2009, p. 59-75; FACHAL NOGUER, NURIA, “Sociedades de capital en concurso de acreedores: saneamiento financiero”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, Primer semestre de 2018, pp. 151-174; SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN, “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, pp. 7-60; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Civitas, Thomson Reuters, segunda edición, Cizur Menor, 2013, pp. 236-145.

normativa del capital social²⁸⁹. En este caso, la solución a los préstamos sustitutivos de capital social se encuentra en la subordinación concursal, precisamente por haberse realizado éstos en el escenario de un grupo de sociedades y más concretamente, entre un socio de control y una sociedad controlada. Merece la pena destacar a este respecto el derecho italiano, en el que el legislador ha introducido expresamente la disciplina de la “actividad de dirección y coordinación” ejercido por la empresa matriz para fundamentar y justificar la subordinación concursal de los créditos concedidos en este contexto²⁹⁰.

2. Las transferencias de fondos realizadas por la sociedad al socio en relación a la aplicación de la doctrina del capital social.

Es preciso que nos refiramos ahora a los problemas que plantean los flujos de liquidez realizados por parte de una sociedad del grupo a favor de la sociedad *pooler* (*upstream loans*) en relación con las normas del capital social.

²⁸⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado MIOLA MASSIMO, “Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale”, *op. cit.*, pp. 51 y 52: “*Rinviando sul punto alle specifiche trattazioni, è opportuno dunque sottolineare come la disciplina dei prestiti dei soci non risulti necessariamente assorbita da quella in tema di gruppo, bensì si preferisca anche in tale materia, in sostanza, realizzare un contemperamento ed un collegamento tra le regole del capitale sociale e le dinamiche proprie dei flussi finanziari intragrupo, consentendo il loro esplicarsi nei limiti in cui essi non si accompagnino a situazione patologiche di sottocapitalizzazione delle controllate*”.

²⁹⁰ Art. 2497- quinquies codice civile: “*Ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l’articolo 2467*”; Art. 2467 codice civile: “*Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell’anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito. Ai fini del precedente comma s’intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento*”.

A fin de no exponer a la filial y por transmisión, a los accionistas externos y acreedores de la misma a riesgos indebidos, la operación ha de realizarse en términos de mercado. Es decir, la sociedad *pooler* ha de prestar una garantía, de manera que la filial obtenga un crédito en contra de aquélla equivalente a lo prestado. De esta manera, la operación puede considerarse “neutral” en términos de balance. Si por el contrario, la transferencia de fondos se realiza en condiciones que producen una reducción patrimonial de la sociedad filial de envergadura suficiente y no queda cubierta la cifra del capital por un derecho de crédito de la sociedad filial contra la sociedad *pooler*, se podría entender que la operación vulnera la doctrina del capital social.

Hemos de mencionar a este respecto el caso alemán²⁹¹. La doctrina y jurisprudencia alemana se plantearon durante años si las transferencias de fondos realizadas por la sociedad filial a la sociedad *pooler* debían suponer una vulneración a la prohibición legal de reparto anticipado de dividendos a los socios cuando aquéllas se realizan con cargo al patrimonio neto, incluido el que cubre la cifra del capital social. El debate surgió a raíz del anterior §30.1 GmbHG donde se disponía que los activos de la compañía requeridos para preservar el capital social no pueden ser distribuidos entre los socios (lo mismo se establecía para las sociedades anónimas en el §57 AktG). El incumplimiento de esta norma suponía la restitución por parte del socio de la totalidad de los fondos recibidos (§31.1 y 2 GmbHG y §57 AktG) y, caso de no hacerlo, los demás socios tenían la obligación de responder en proporción a su participación (§31.3 GmbHG y §62 AktG).

Después de un riguroso debate, la doctrina, a raíz de una decisión del *Reichsgericht* de 1935, estimó que las transferencias de fondos realizadas por la sociedad al socio, si se reconoce su entera devolución y se realizan en condiciones de mercado, no suponen una violación del §30.1 GmbHG. Este enfoque se fundamentó en que si efectivamente se respetaban ambas condiciones, la transferencia únicamente

²⁹¹ HEERSTRASSEN, FRANK / NEBE, FELIX, “Cash pooling after the Reform...”, cit., pp. 1-5; VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German...”, cit., pp. 1159 y ss.; MIOLA MASSIMO, “Tesoreria accentrata nei gruppi di società e capitale sociale”, cit., pp. 54-63.

generaría un intercambio de posiciones en el balance de la empresa, es decir, una reducción de la partida de “tesorería” (“*cash*”) que sería compensada con un equivalente incremento de la partida de “cuentas por cobrar” (“*accounts receivable*”), de manera que la operación, a efectos de balance, se consideraba “neutral”²⁹².

Sin embargo, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH), a propósito de una sentencia de 24 de noviembre de 2003, formuló una interpretación más restrictiva de la normativa, al establecer expresamente que los flujos financieros realizados por parte de una sociedad a su socio, no con reservas de libre disposición o beneficios, sino con cargo al patrimonio que respalda la cifra del capital social, violan el §30.1 GmbHG, incluso si el crédito contra el socio estuviera totalmente garantizado. No obstante, el BGH indicó que la operación no infringía el §30.1 GmbHG si se realizaba en interés de la sociedad, en condiciones de mercado y además, si la situación financiera del socio estaba fuera de toda duda, o alternativamente el crédito contra el socio estaba totalmente garantizado. Los fundamentos del fallo fueron ambiguos ya que el BGH no explicó claramente bajo qué circunstancias se consideraban cumplidas las condiciones. Dada la incertidumbre, la mayoría de los contratos de *cash pooling*, atendiendo a razones de prudencia, acogieron la condición más estricta, basada en limitar los flujos financieros a las reservas de libre disposición, lo que endurecía indudablemente las posibilidades de implementar un modelo de *cash pooling*²⁹³.

²⁹² VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German...”, cit., pp. 1162: “*Following a decision of the Reichsgericht (Supreme Court of the German Reich) in 1935, it was the prevailing opinion of constant jurisdiction and legal scholars that a loan granted by a GmbH to its shareholder complied with Section 30 (1) GmbHG provided that the respective repayment claim of the GmbH (as lender) against its shareholder (as borrower) was valuable and volwertig (fully realizable) and that the loan was granted on an arm’s length basis*”.

²⁹³ HEERSTRÄßEN, FRANK / NEBE, FELIX., “Cash pooling after the Reform...”, cit., p. 3; VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German...”, cit., p. 1165.

El debate concluyó con la intervención del legislador en 2008 que, con la aprobación de la MoMiG, efectuó una revisión a las normas del capital social. A pesar de que mantuvo la prohibición general del §30.1 GmbHG (y la del §57 AktG), incorporó varias excepciones, de manera que si el flujo financiero realizado por parte de la sociedad al socio tiene lugar en el seno de un acuerdo de dominación²⁹⁴ o un acuerdo de transferencia de ganancias y pérdidas o, alternativamente, estuviera cubierto por una valiosa garantía (§30.2 GmbHG), no habría motivo para considerar este modelo de gestión como una “donación” o devolución de aportaciones a los socios.

Podemos comprobar, de nuevo, como el legislador exceptúa la aplicación de las normas del capital social en beneficio de las normas relativas al derecho de grupos, especialmente en el caso alemán, de aquellos grupos que cuentan con un contrato de dominación.

IV. Deberes y responsabilidades de las partes.

1. Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades participantes.

Entre las diversas situaciones patológicas que pueden manifestarse en el funcionamiento anormal de un sistema de *cash pooling*, hay que mencionar el caso de que el órgano de administración de la sociedad filial acepte y proceda a realizar operaciones de tesorería con la sociedad *pooler* en condiciones desfavorables o insatisfactorias para los intereses de la sociedad que administra.

Por un lado, los administradores de una sociedad filial han de actuar con total independencia; no están sujetos a las instrucciones ni vinculaciones de terceros, sino solo legitimados para atenderlas si de buena fe consideran que las mismas son

²⁹⁴ VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German...”, cit., pp. 1168-1170.

coherentes con los intereses de la sociedad que administran²⁹⁵. Por otro lado, los flujos de tesorería referidos constituyen operaciones vinculadas, lo que impide al órgano de administración de la sociedad filial beneficiarse de la regla de la discrecionalidad empresarial. Ambas notas permiten concluir que si efectivamente se comprueba que los administradores, en el desarrollo de su actividad, han incumplido los deberes fiduciarios inherentes al desempeño de su cargo, interviniendo dolo o culpa en su conducta, habrán de responder personalmente frente a sus accionistas y acreedores en virtud del artículo 236 de la Ley de sociedades de capital²⁹⁶.

Esta responsabilidad por daños causados a la sociedad filial puede dilucidarse a través de la denominada acción social, que tiene como finalidad la protección del patrimonio social frente a los daños o lesiones sufridos en las circunstancias del artículo anteriormente mencionado²⁹⁷. En este sentido, la compensación o

²⁹⁵ Véase el capítulo segundo, especialmente el epígrafe V.2.: “La dirección unitaria, las instrucciones vinculantes y los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades dependientes”.

²⁹⁶ Tienen especial relevancia para este trabajo los apartados 1 y 2 del artículo 236 de la Ley de sociedades de capital, que disponen lo siguiente: “1. *Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.* 2. *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*”.

²⁹⁷ Sobre la acción social de responsabilidad, véase entre otros: LARA, RAFAEL, “La acción social e responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 103-140; JUSTE MENCÍA, JAVIER, “La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 141-188; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “Las acciones social e individual en la jurisprudencia reciente”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 951-967; JUSTE MENCÍA, JAVIER, “Falta de

indemnización que se obtenga con su ejercicio se integrará en el patrimonio de la sociedad. La acción puede ser exigible por la propia sociedad (art. 238 LSC²⁹⁸), y subsidiariamente por los socios minoritarios (art. 239 LSC²⁹⁹) o por los acreedores (art. 240³⁰⁰).

ejercicio y renuncia a la acción social de responsabilidad contra los administradores”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 969-991.

²⁹⁸ Artículo 238 de la Ley de sociedades de capital. Acción social de responsabilidad: “1. *La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.* 2. *En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.* 3. *El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.* 4. *La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada”.*

²⁹⁹ Artículo 239 de la Ley de sociedades de capital. Legitimación de la minoría: “1. *El socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. El socio o los socios a los que se refiere el párrafo anterior, podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.* 2. *En caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional”.*

³⁰⁰ Artículo 240 de la Ley de sociedades de capital. Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social. “*Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”.*

En torno a esto último, se ha discutido si los deberes fiduciarios de los administradores hacia el interés social deben alcanzar a proteger los intereses de los acreedores o deben limitarse al de los socios. Hemos apuntado más arriba que según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, desde una concepción contractualista del interés social, éste solo debe identificarse con los intereses de los socios³⁰¹. A colación de esta teoría, ha defendido una doctrina que en situaciones de proximidad a la insolvencia o de crisis empresarial, los deberes fiduciarios de los administradores deben reinterpretarse, de forma que el interés social se extienda también a los intereses de los acreedores. Es decir, se sugiere que el interés de éstos últimos se vuelva relevante sin necesidad de que la empresa inicie un efectivo procedimiento concursal³⁰². Así es como lo ha interpretado la Ley

³⁰¹ Véase el capítulo segundo, especialmente el epígrafe 5: “La dirección unitaria, las instrucciones vinculantes y los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades dependientes”.

³⁰² La respuesta es diferente en el derecho anglo-americano, donde se ha apreciado una reinterpretación de los deberes fiduciarios de los administradores en situaciones de proximidad a la insolvencia y en situaciones en las que la crisis de la empresa resulta evidente y las expectativas de cobro se intuyen limitadas o menores. En estas circunstancias, el interés de los acreedores se vuelve relevante sin necesidad de que la empresa haya iniciado un efectivo procedimiento concursal. Ver: HARTMAN, R.F., “Situation-specific Fiduciary Duties for Corporate Directors: Enforceable Obligations or Toohless Ideals?”, 50 Washington and Lee Law Review, 1993, pp. 1762-1763, 1775-1776; JAMES, J. HANKS, JR., “Playing with Fire: Nonshareholder Constituency Statutes in the 1990s”, Stetson Law Review, vol.1, issue 1, 1991, p. 103; y en la jurisprudencia podemos destacar: Walker v. Wimbone (1976) 137 CLR 1, “*it should be emphasized that the directors of a Company in discharging their duty to the Company must take account of the interest of its shareholders and its creditors. Any failure by the directors to take into account the interests of its creditors will have adverse consequences for the Company as well as for them*”; Kinsela v. Russell Kinsela Pty Ltd (1986) 4 NSWLR 722, “*In a solvent Company the proprietary interests of the shareholders entitle them as a general body... If, as a general body, the authorize to ratify a particular action of the directors, there can be no challenge to the validity of what the directors have done. But where a Company is insolvent the interests of the creditors intrude. They are respectively entitled, through the mechanism of liquidation, to displace the power of the shareholders and directors to deal with the company’s assets. It is in practical sense their assets and not the shareholders’ assets that, through the médium of the Company, are under the management of the directors pending either liquidation, return to solvency or the imposition of some alternative administration*”; Winkworth v. Edward Baron Development Co Ltd (1987) 1 All ER 114, “*a company owes a duty to its creditors to keep its property inviolate and available for repayment of its debts. The conscience of the Company, as well as its management, is confided to its directors. A duty is owed by the*

de sociedades de capital en el caso que ahora nos ocupa, al extender, por medio del artículo 240, los deberes de diligencia y lealtad que pesan sobre el órgano de administración a los acreedores en circunstancias en las que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos³⁰³.

2. Deberes y responsabilidades de la sociedad *pooler* y de sus administradores.

Tanto los administradores de las sociedades filiales y de la sociedad *pooler*, como la propia sociedad *pooler*, habrán de responder por violación de sus respectivos deberes de diligencia y fidelidad hacia la sociedad. Los administradores lo harán a propósito de la acción social de responsabilidad prevista en la Ley de sociedad de

directors to the Company and to the creditors of the Company to ensure that the affairs of the Company are properly administered and that its property is not dissipated or exploited for the benefit of the directors themselves to the prejudice of the creditors”.

Sobre esta cuestión, puede verse en la doctrina española: RECAMAÑÁN GRAÑA, EVA, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis”, Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, núm. 28, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016; ARA TRIADÚ, CARLOS, *El gobierno corporativo de la empresa en crisis. A propósito del estatuto de los administradores y de las normas de prelación crediticia respecto al cambio de control en situaciones de insolvencia empresarial*, Tesis doctoral dirigida por SALVADOR CODERCH, PABLO / CERDÁ ALBERO, FERNANDO, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2017.

³⁰³ La acreditación de esta condición para ejercer la acción social comportaría el deber del administrador de solicitar el concurso de acreedores para evitar la calificación culpable del concurso. Véase: JUSTE MENCÍA, JAVIER, “La legitimación de la minoría y de los acreedores...”, cit., p. 183, donde indica que: “Desde otro punto de vista, debe tenerse presente que una acreditación suficiente del presupuesto objetivo por parte de los acreedores a efectos del ejercicio de esta acción podría confirmar la obligación de los administradores de solicitar el concurso, habida cuenta de que uno de las presunciones de dolo o culpa grave a efectos de la responsabilidad concursal es precisamente la de no haber cumplido con el deber de solicitarlo (cfr. Art. 165 LC en relación con el art. 5)”. En nuestra opinión, ésta es el motivo principal por el que el ejercicio de la acción social de responsabilidad se utiliza escasamente. Lo más habitual es que en estas circunstancias se solicite la declaración de concurso y sea la administración concursal la que exija responsabilidad a los administradores de la sociedad.

capital, mientras que los socios responderán en virtud de las normas sobre incumplimiento contractual y/o extracontractual contenidas en el Código civil.

Si bien es cierto que existen numerosas situaciones patológicas que pueden dar lugar a una responsabilidad contractual o extracontractual de la sociedad *pooler*, o a una responsabilidad societaria de sus administradores, nos detendremos en aquellas que por su relevancia jurídica han sido destacadas por la mayoría de los autores que se han aproximado a este estudio: (i) responsabilidad por no evitar la propagación de la crisis entre las sociedades del grupo, y (ii) responsabilidad por la ausencia de una compensación adecuada.

2.1. Especial referencia a la responsabilidad de la sociedad *pooler*. Consideraciones generales.

Antes de nada, es oportuno que realicemos algunos apuntes sobre el deber de fidelidad y la consecuente responsabilidad de los socios. En este sentido, queremos recordar que en el ordenamiento jurídico español, como en la mayoría de los ordenamientos de Derecho comparado, los socios de una sociedad tienen limitada su responsabilidad a la participación que tengan en la misma, de manera que por norma general, las deudas de una sociedad del grupo no serán asumidas por las demás. Este principio de responsabilidad limitada de las sociedades de capital es el que precisamente motiva la constitución de los grupos de sociedades, pues se propicia la distribución del riesgo empresarial y se evita así que la sociedad matriz responda por las deudas de las filiales³⁰⁴.

No obstante, puede haber circunstancias en que la sociedad matriz o *pooler* sobrepase los límites de la dirección unitaria establecidos en los contratos de grupo y de *cash pooling*, y en estos casos parece correcto admitir una responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de las sociedades filiales.

³⁰⁴ BALLESTEROS BARROS, ÁNGEL MARÍA, *La responsabilidad de la sociedad dominante...*, cit., pp. 59 y ss.

Conviene recordar a estos efectos que el deber de fidelidad del socio no se encuentra expresamente reconocido en nuestro Derecho de sociedades, pese a ello, apostando por un criterio de ética y responsabilidad corporativa, se ha aceptado generalmente en la doctrina y en la jurisprudencia que los socios no solo tienen el deber de realizar aportaciones al capital social, sino también un deber de fidelidad hacia la sociedad y hacia los consocios. Este deber se ha concebido como una expresión del principio de buena fe que se recoge en los artículos 7 y 1258 del Código Civil³⁰⁵, y que opera como límite al ejercicio del derecho de voto del socio en la junta general³⁰⁶.

³⁰⁵ Artículo 7 del Código Civil: “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”. Artículo 1258 del Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

³⁰⁶ LARENZ, KARL, *Derecho civil. Parte general*, Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 286: [I]os derechos propios de la condición de socio puede estar restringidos por el deber de fidelidad del socio”; PAZ-ARES, CÁNDIDO, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2003. El autor, a propósito de una alternativa a la reforma de la ya derogada Ley de Sociedades Anónimas, propuso configurar un deber de lealtad del socio: “El accionista o socio de control está sujeto al deber de lealtad en la medida en que resulte compatible con una razonable consideración de sus legítimos intereses privados y, en esa medida, responderá frente a la sociedad...”; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “El deber de buena fe y el deber de lealtad del socio”, *Almacén de Derecho*, 23 de abril de 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario/>, donde manifiesta el autor que: “Cuando el socio ejercita sus derechos como socio sólo está sometido a los deberes de cualquier contratante (ejecución del contrato de sociedad en este caso acuerdo con las exigencias de la buena fe e integración del mismo de acuerdo con lo que los socios habrían pactado si hubieran previsto la cuestión art. 1258 CC). Pero cuando el socio está en una posición de decidir discrecionalmente sobre el patrimonio de sus consocios, esto es, cuando es decisivo en las decisiones sobre el patrimonio común (sobre el gobierno de dicho patrimonio para el que se le atribuye el derecho de voto), ha de tener en cuenta los intereses de los demás socios. Tiene, respecto de ello, un deber fiduciario” (...) El deber de lealtad en sentido estricto –como deber fiduciario– que obliga al socio a anteponer otro interés al propio cuando adopta decisiones discrecionales, se despliega cuando su voluntad es decisiva para determinar lo que harán los órganos sociales. En los términos de Paz-Ares, el deber fiduciario opera en “la estructura de gobierno y permite el escrutinio del derecho de voto, el derecho de información e incluso el derecho de impugnación”.

En el escenario de un contrato de *cash pooling* implementado en el ámbito de un grupo de sociedades, el deber de fidelidad del socio se concreta en la prohibición de la sociedad *pooler* de realizar una injerencia perjudicial en los intereses de las sociedades filiales. Aunque desde la prisma del Derecho de sociedades la infracción de este deber de fidelidad carece de consecuencia alguna, se ha sostenido que el perjuicio producido ha de ser necesariamente resarcido a tenor del principio general de indemnización de los daños y perjuicios del Código Civil (arts. 1101 y 1902 CC y 144 CCom.³⁰⁷), y a consecuencia del incumplimiento del contrato de sociedad (arts. 1686, 1.089 , 1.091, 1.101, 1.104, 1.105 y 1.106 ³⁰⁸CC)³⁰⁹. De este

³⁰⁷ Artículo 1101 del Código Civil: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Artículo 1902 CC: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Artículo 144 del Código de Comercio: “*El daño que sobreviene a los intereses de la compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante en la obligación de indemnizarlo, si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación*”.

³⁰⁸ Artículo 1686 CC: “*Todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado*”. Artículo 1089 CC: “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”. Artículo 1091 CC: “*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*”. Artículo 1101 CC: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllos*”. Artículo 1104 CC: “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*”. Artículo 1105 CC: “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*”. Artículo 1106 CC: “*La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*”.

³⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1), resolución núm. 6/2009 (recurso núm. 3327/2001), Roj. núm. 263/2009, de 12 de enero de 2009, establece lo siguiente: “*incorporado la relación contractual como una más de las reglas de conducta a*

modo, la sociedad *pooler*, en la medida que incumpla su deber de fidelidad, permitiendo, por ejemplo, alguna de las manifestaciones patológicas descritas en los apartados anteriores y causando un daño a los accionistas externos, habrá de responder. Puede pensarse en situaciones de abuso de poder, en la realización de transferencias de recursos financieros a condiciones inocuas, en una deficiente contabilidad que conduzca a una confusión patrimonial, en la concesión de crédito a una sociedad que es insolvente o que se encuentra próxima a ella, en una propagación de la crisis, etc.

Si el comportamiento abusivo o irresponsable de la sociedad *pooler* perjudica también a terceros acreedores que tienen derechos de crédito frente a las empresas del grupo, entonces la sociedad *pooler* deberá resarcir los daños patrimoniales causados mediante la responsabilidad extracontractual, también llamada “aquiliana”, es decir, al margen de cualquier relación jurídica existente entre las partes (artículo 1.902 y 1.903 del Código Civil³¹⁰)³¹¹.

que han de atenderse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de la relación obligatoria, pues esta Sala viene declarando, especialmente a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, que son incumplimientos sustanciales aquellos que, independientemente de su significación formal, determinan la frustración del fin económico del contrato para una de las partes”.

³¹⁰ Artículo 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Artículo 1903 CC: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

³¹¹ Para una adecuada diferenciación entre la responsabilidad contractual y extracontractual puede señalarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1), resolución núm. 1135/2008 (recurso núm. 3992/2001), de 22 de diciembre de 2008 establece: “la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo, el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al art. 1258 del Código Civil, y otro subjetivo, la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe. Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido

2.2. Deber de impedir la propagación de la crisis e insolvencia. Responsabilidad societaria de los administradores, y responsabilidad contractual y extracontractual de la sociedad *pooler*.

A propósito de lo expuesto más arriba en relación a la propagación de la crisis entre las empresas del grupo, conviene señalar que el órgano de administración de la sociedad *pooler*, en virtud del ejercicio de la dirección unitaria y de la competencia de gestión de tesorería que le ha sido atribuida mediante el contrato de *cash pooling*, tiene el deber específico de preservar a las empresas participantes de eventuales perjuicios y por lo tanto, de evitar una potencial extensión de la crisis entre las mismas.

El deber de evitar la ocurrencia de tal evento no obedece a un modelo de conducta firme o predeterminado sino que atiende a una serie de decisiones que dado su carácter estratégico y de negocio podrían en un principio llevarnos a considerar que deben quedar sujetas a la regla de la discrecionalidad empresarial. Como ya sabemos, con esta regla se entiende que el administrador de una sociedad, en la adopción de sus decisiones, ha cumplido con el estándar de diligencia de un ordenado empresario por haber actuado de buena fe, sin interés personal, con información suficiente y atendiendo a un procedimiento de decisión adecuado. En consecuencia, el administrador no responde por los daños o perjuicios que las

causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil"; CUADRADO IGLESIAS, MANUEL, "Consideraciones acerca del perjuicio del crédito por parte de tercero", en LLAMAS POMBO, EUGENIO (coord.), Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, vol. 1, ed. Wolters Kluwer, 2006, pp. 345-360.

decisiones estratégicas y de negocio inherentes a la discrecionalidad empresarial ocasionen a la sociedad que administra³¹².

Ahora bien, en nuestro supuesto de hecho, el mencionado criterio de la discrecionalidad empresarial no creemos que pueda resultar aplicable al órgano de administración de la sociedad *pooler*. Como hemos defendido en otra parte del trabajo, en la medida que los flujos de tesorería realizados en el ámbito de un contrato de *cash pooling* son calificables como operaciones vinculadas, están irremediablemente aquejadas por un conflicto de interés, con lo que de *legge lata* no pueden quedar amparados por el principio de la discrecionalidad empresarial. Ello ni si siquiera cuando pueda comprobarse la existencia de un interés de grupo instrumental o al servicio del interés social, o si se demuestra la concurrencia de un sistema compensatorio cuantitativo³¹³, porque incluso en estas circunstancias, las decisiones del órgano de administración de la sociedad *pooler* deben poder ser objeto de una efectiva valoración judicial³¹⁴, ya que de otra manera los accionistas externos y los acreedores se colocarían en una situación de desprotección.

³¹² Para una mayor comprensión sobre el principio de discrecionalidad empresarial, véanse las pp. 107 y ss.

³¹³ En contra de la posición que defendemos aquí, véase: MIOLA, MASSIMO, “Attività di direzione e coordinamento”, cit., pp. 2738-2745, que concretamente en la p. 2740 establece que: “*La flessibilità della soluzione adottata risiede proprio nel collegare alla discrezionalità gestoria la valutazione circa la sussistenza dei vantaggi compensativi, destinati a segnare i confini del legittimo perseguimento di un interesse di gruppo: il che consente di ricondurre tale valutazione, così come più in generale le modalità di svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento, ad una business judgement rule operante a livello di gruppo e anche in situazione di crisi che investano o minaccino di investire le società che lo compongono*”.

³¹⁴ Tal y como señalábamos más arriba, la regla de la discrecionalidad, pese a que faculta a los acreedores, accionistas externos y al juez a discutir y valorar si la decisión se ajusta o no a los estándares objetivos de diligencia y razonabilidad, es de reconocer la dificultad que supone acreditar que los actos de gestión llevados a cabo por el administrador de una sociedad dentro de la política de grupo se apartan de aquellos estándares y por ende, carecen de justificación racional. Desde este punto de vista, parece adecuado señalar que la prueba en contrario que conforma esta presunción de diligencia se manifiesta trivial o en vano cuando se aporta respecto de personas pertenecientes a un grupo de sociedades.

Una vez aclarado esto, hemos de señalar que a los efectos de remediar y contener la propagación de la crisis o de la insolvencia dentro del grupo, la concreta decisión de los administradores de la sociedad *pooler* de prestar o no asistencia financiera a la sociedad en crisis, habrá de valorarse o enjuiciarse con arreglo a los particulares beneficios y sacrificios que dicha decisión le suponga a las demás empresas del grupo.

Es decir, se entenderá justificada la asistencia financiera prestada por la sociedad *pooler*, a través de los fondos de las empresas participantes, a la sociedad en crisis cuando el sacrificio patrimonial soportado por aquellas quede compensado por las ventajas que deriven de mantener en vida a la sociedad. Pero hay que considerar también la hipótesis de que la referida asistencia financiera, en lugar de detener la propagación de la crisis, cause el efecto contrario. Puede suceder que la asistencia financiera agrave el estado de crisis de la empresa y el riesgo de su propagación. Esto puede ocurrir en el caso de que el monto que la sociedad necesita para conseguir mantenerse en vida no solo exceda de sus propias capacidades económicas, sino que además suponga un sacrificio desproporcionado para las demás sociedades del grupo. En estas circunstancias, la decisión del órgano de administración de la sociedad *pooler* de no asistir a la sociedad en crisis, aislándola y por tanto dejándola quebrar sin intentar salvarla, encuentra su fundamento en una adecuada gestión de los intereses de las sociedades que forman parte del grupo.

En el caso de que la decisión sea susceptible de agravar el estado de crisis de la sociedad y el riesgo de propagación de la misma, poniendo en peligro la solvencia del resto de las empresas del grupo, los administradores de la sociedad *pooler* habrán de responder frente a las filiales, accionistas externos y acreedores de éstas por no tomar las medidas adecuadas para evitar la ocurrencia de tal evento. Ello en base a las acciones de responsabilidad previstas en la Ley de sociedades de capital.

Asimismo, como acertadamente ha destacado una doctrina comparada, es también posible imponer una responsabilidad a la sociedad *pooler* por los daños causados a consecuencia de haber incumplido el deber de evitar la propagación de la crisis en

el interior del grupo. Esto supone, como se ha señalado, una violación del deber general de evitar abusos en la actividad de dirección y coordinación³¹⁵. Siguiendo esta línea doctrinal, es preciso tener en cuenta que en nuestro caso, la atribución a la sociedad *pooler* de la competencia de gestionar la tesorería, encuentra origen en un contrato entre ésta y las empresas del grupo. En el ámbito de tal competencia de gestión y en virtud del principio de buena fe contractual, se reconoce una obligación de la sociedad *pooler* de preservar a las filiales de eventuales perjuicios, en concreto, una obligación de evitar la difusión de la crisis o insolvencia dentro del grupo³¹⁶. Si esto es así, la identificación de dicha propagación conllevaría la responsabilidad de la sociedad *pooler* por incumplimiento contractual, con las sanciones establecidas en el Código civil.

Realizadas estas consideraciones, nuestros esfuerzos se dirigen ahora a averiguar si la sociedad *pooler* debe responder de los daños que, como consecuencia del incumplimiento del contrato principal establecido entre ella y las filiales, haya podido causarse a los derechos de crédito de los acreedores de éstas últimas. Es decir, si los acreedores de las filiales pueden exigirle a un tercero –la empresa *pooler*– una responsabilidad extracontractual por haber perjudicado el derecho de crédito que tienen frente a las filiales. A este propósito, es necesario indicar que la relación contractual entre la sociedad *pooler* y las filiales no es jurídicamente extensible a terceros. Es decir, los terceros –en este caso, los acreedores– no son titulares del derecho a la prestación de la protección contenida en el objeto del contrato.

³¹⁵ MIOLA, MASSIMO, “Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società”, cit., p. 2735.

³¹⁶ En virtud de la Teoría de las obligaciones, las partes, de acuerdo con los principios de buena fe y diligencia debida, asumen una obligación de “protección” accesoria o colateral al deber principal de prestación configurado en el contrato, que consiste en preservar la persona y la cosa de la contraparte del daño que pudiera derivarse de la obligación principal. Ver: VILLANUEVA LUPIÓN, CARMEN, *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, primera edición, La Ley, Madrid, 2009, pp. 599 y ss., donde realiza una distinción entre las obligaciones de medio y de resultado.

En este sentido, parte de la doctrina y ordenamientos jurídicos europeos han considerado que la responsabilidad extracontractual o tutela aquiliana solo protege al titular de un derecho real, como por ejemplo el de propiedad, pero nunca al titular de un derecho de crédito, al defender que el carácter relativo de éste último únicamente puede tener eficacia entre las partes³¹⁷. Así lo ha entendido la doctrina alemana. El artículo 823.1 del BGB³¹⁸ (Código Civil) dispone que: “*quien dolosa o negligentemente, de forma antijurídica, dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto*”, y a este respecto, la mayoría de los autores han considerado que el derecho de crédito no puede incluirse en la frase “u otro derecho” ya que al contrario que ocurre con los demás derechos enumerados en la norma -oponibles contra cualquier persona-, éste otro es un derecho relativo, oponible solamente frente a una persona determinada –el deudor-³¹⁹.

Sin embargo, en Italia, Francia o en España, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se muestran más proclives a exigir la tutela aquiliana o responsabilidad extracontractual del tercero que ha lesionado un derecho de crédito.

³¹⁷ CUADRADO IGLESIAS, MANUEL, “Consideraciones acerca del perjuicio...”, cit.; ARÉVALO FERNÁNDEZ, ÁNGELA, *La lesión extracontractual del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 251 a 257.

³¹⁸ § 823- Schadensersatzpflicht: (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

³¹⁹ LARENZ, KARL, *Derecho Civil, Parte General*, cit., pp. 294 y 295: “la distinción entre derechos absolutos y relativos tiene importancia principalmente en orden a la tutela de esos derechos. Si el titular de un derecho absoluto es perturbado por otro en el ejercicio del mismo (...) tiene una pretensión de resarcimiento de daños, conforme al artículo 823, ap. 1. La doctrina predominante entiende por ‘derechos correlativos’ a tenor de ese precepto, todos los derechos absolutos y solo tales derechos”; BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 120 y 121.

La doctrina italiana ha prestado bastante atención al asunto de la protección aquiliana de los derechos de crédito a propósito del artículo 2043 del Código civil italiano³²⁰ que dispone que: “cualquier hecho doloso o culposo que produzca un daño injusto a otro obliga al que lo ha ocasionado a resarcir el daño”, así como con motivo de los casos “Superga”³²¹ y “Meroni”³²², en los que se planteó el debate de si

³²⁰ Art. 2043 Código civil italiano: “Qualunque fatto, doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

³²¹ Los hechos del caso “Superga” fueron los siguientes: el club de fútbol de Torino, en 1950, demandó a la aerolínea Alitalia con motivo de un accidente aéreo en el que fallecieron todos los jugadores del club. El club reclamó la responsabilidad extracontractual de la compañía Alitalia (tercero) por lesionar el derecho de crédito que el club tenía con los jugadores. Sin embargo, el Tribunal de Torino no admitió dicha responsabilidad extracontractual contra la compañía aérea al entender que solo puede hablarse de hecho ilícito cuando se vulnera una norma que incumple un derecho subjetivo absoluta. A este respecto, el Tribunal consideró que los derechos de crédito tienen carácter relativo y en consecuencia, únicamente pueden ser vulnerados por el deudor. Las sentencias que se dictaron en este caso fueron las siguientes: (1) Sentencia de primera instancia del *Tribunal de Turín* de 15 de septiembre de 1950 (*Foro italiano*, 1950, pp. 1230-1237): “*Il terzo, legato da un contratto di prestazione d’opera con la vittima d’infortunio mortale, dovuto a colpa altrui, non ha diritto al risarcimento dei danni subiti per il perimento del prestatore d’opera. Conseguentemente, un’associazione calcistica non è legittimata ad agire con l’azione aquiliana contro la compagnia di navigazione aerea, pretesa responsabile del disastro in cui hanno trovato la morte i suoi giocatori*”; (2) Sentencia de apelación de la *Corte d’Appello de Turín* de 23 de enero de 1952 (*Foro Italiano*, 1952, pp. 219- 227); (3) Sentencia de casación de la *Corte Suprema di Cassazione* de 4 de julio de 1953 (*Giurisprudenza Italiana*, 1953, pp. 828-836) que confirma el fallo

Son bastantes los autores que han examinado este caso. En la doctrina italiana podemos citar, entre otros, los siguientes: CIAN, GIORGIO, “La virata della Cassazione sulla tutela aquiliana del credito (Dal caso di Superga al caso di Meroni)”, *Rivista de Diritto Civile*, 1971, pp. 199- 205; REDENTI, ENRICO, “Aspetti giuridici della tragedia di Superga”, *Giurisprudenza italiana e La Legge: con repertorio generale annuale di giurisprudenza, dottrina e legislazione; Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, vol. 103, núm. 2, 1951, pp. 49-56; BARBERO, DOMENICO, “Responsabilità aquiliana per lesione di rapporto personale”, *Il Foro Padano; Rivista di giurisprudenza e di dottrina*, vol. 6, 1951, pp. 157-168.

En la doctrina española, podemos citar a: PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 58 y 59.

³²² Con el caso Meroni, hay un cambio de interpretación o posición con respecto al caso Superga. Los hechos del caso “Meroni” fueron los siguientes: el club de fútbol de Torino demandó en 1971 al responsable del accidente de tráfico que ocasionó la muerte del

los derechos de crédito deben respetarse o tutelarse en la misma medida que los derechos reales. La mayor parte de la doctrina acogió la tesis que permite exigir responsabilidad al tercero que ha causado un daño o lesión a un derecho de crédito, admitiendo por lo tanto la tutela aquiliana de tales derechos de crédito frente a los daños ilícitos producidos por terceros³²³. Esta doctrina, si bien, tuvo

jugador Luigi Meroni en 1970 y a su compañía de seguros, reclamándoles la correspondiente indemnización mediante la exigencia de una responsabilidad extracontractual por lesionar el derecho de crédito que tenía con el jugador. En este caso, la Corte Suprema di Cassazione estima la demanda admitiendo la protección aquiliana del derecho de crédito. Ver: “Lex aquilia giurisprudenza”, Allegato al N.1. – “L’ingiustizia del danno (1)”, 2005 – Zanichelli, Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 26 gennaio 1971 n. 174; PRES. Stella Richter, EST. Ridola, P.M. Tavolaro (concl. Parz. Diff.); S.p.a. Torino calcio (Avv. Sequi, Grande Stevens, Manassero, Nicolo) c. Romero (Avv. Contaldi, Zolera, Zenari), disponibile en:
http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/pubblicazioni/Lex_Aquila/numeri/allegati/1-2.pdf.

También es numerosa la doctrina italiana que se ha ocupado de estudiar este caso. Entre otras podemos destacar: CIAN, GIORGIO, “La virata della Cassazione sulla tutela...”, cit., pp. 199-205; SANTOSUPSSO, F., “La ‘nuova frontiera’ della tutela aquiliana del credito”, Giustizia Civile, 1971, pp. 201-211; GALGANO, FRANCESCO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, terza edizione, Wolters Kluwer, Italia, 2014, dispone lo siguiente: “*Era bastata una sentenza, la celebre sentenza sul caso Meroni del 1971, per travolgere il dogma della relatività dei diritti di obbligazione. Fino a pochi anni prima, pronunciandosi sul non meno celebre caso Superga, la Cassazione era rimasta fedele all’antico dogma: avere giudicato come “danno ingiusto”, risarcibile a norma dell’art. 2043, solo il danno lesivo di un diritto assoluto. La partizione classica dei diritti reali si rifletteva ancora nelle applicazioni giurisprudenziali. Con l’affermata risarcibilità della lesione del credito la Cassazione ha armato di difesa era omnes anche i diritti di obbligazione, ed ha così destinato al macero, oltre che la precedente letteratura sui fatti illeciti, anche l’antica teoria generale del diritto civile*”.

En la doctrina española, citamos de nuevo a: PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN, *La protección aquiliana ...*, cit., pp. 60 y 61.

³²³ BUSNELLI, FRANCESCO DONATE, *La lesione del credito da parte di terzi*, ed. Giuffré, Milano, 1964, y “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, núm. 2, 1987, pp. 273-299; GALGANO, FRANCESCO, *Trattato di diritto civile*, cit.: “*Questo Trattato mette in evidenza la complementarità che fra l’uno e l’altro intercorre. Il contratto, per realizzare appieno la propria funzione, ha bisogno della responsabilità extracontrattuale, che gli viene in soccorso con la tutela aquiliana del credito e, ancor più, con la tutela aquiliana della libertà contrattuale. Per converso, la responsabilità contrattuale conquista territorio in precedenza occupati dalla responsabilità extracontrattuale. È il caso della emergente figura della*

contradictorios importantes que defendieron que el tercero no debe responder por el incumplimiento del deudor con su acreedor, al considerar que los derechos de crédito, en virtud del artículo 1372 del Código civil, tienen carácter relativo y no absoluto, lo cual impediría su protección aquiliana³²⁴.

En el ordenamiento francés, la doctrina mayoritaria también ha defendido la existencia de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en base al artículo 1382 del Código civil que dispone que: “cualquier hecho que cause un daño a otro obliga al que lo ha producido a repararlo”³²⁵. Ello siempre y cuando la lesión al derecho de crédito consista en un daño cierto que derive de un comportamiento culpable y antijurídico del tercero³²⁶.

responsabilità da “contatto sociale”, che espande l’area della responsabilità per inadempimento, in passato circoscritta all’inadempimento contrattuale, fino all’inadempimento di un non contrattuale dovere di protezione, così aprestando una tutela delle ragioni del singolo più energica di quella che tradizionalmente gli era offerta dalla responsabilità aquiliana”; GALGANO, FRANCESCO, “Le mobile frontiere del danno ingiusto”, Rivista Contratto e Impresa, 1985, p. 1-27; POLETI, DIANORA, “Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto”, Rivista Contratto e Impresa, 1987, pp. 124-141.

³²⁴ TRIMARCHI, PIETRO, “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito”, in Rivista di Diritto Civile, Padova, A. 29, (3), Maggio - Giugno, 1983, p. 217-236; A este autor se refiere: ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Responsabilidad aquiliana por lesión del derecho de crédito”, en Blog Almacén de Derecho, 11 de enero de 2015, disponible en: <https://derechomercantilesparna.blogspot.com/2015/01/responsabilidad-aquiliana-por-lesion.html> ; MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho civil y comercial* (traducción de Santiago Sentis Melendo), tomo II, ed. Jurídicas Europa-América , Buenos Aires, 1971, pp. 493-495.

Es igualmente necesario indicar que el artículo 1372 del Código civil italiano dispone lo siguiente: “*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*”.

³²⁵ Art. 1382 Código civil francés: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”.

³²⁶ PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN, *La protección aquiliana del derecho...*, cit., pp. 52 y 53. Entre los numerosos autores de derecho francés que cita este autor, hemos podido acceder a la obra de: VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité*, (sous la direction de Jacques Ghestin), 2^a éd., París, 1995, pp. 367-386, mostrándose a favor de la tutela aquiliana de los derechos de crédito.

La doctrina española no ha prestado demasiada atención al estudio de la responsabilidad extracontractual por lesión de un derecho de crédito ajeno, si bien, puede comprobarse que no hay una posición unánime entre los autores que se han aproximado al estudio de esta cuestión. Algunos niegan con carácter general la existencia de una tutela aquiliana de los derechos de crédito, al afirmar que únicamente el deudor puede lesionar un derecho de este tipo³²⁷. Desde esta perspectiva, no admiten la posibilidad de que un tercero responda por la vía del artículo 1902 del Código civil, que establece lo siguiente: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. En contra del reconocimiento de una tutela aquiliana del derecho de crédito, suele ser también habitual señalar que éste, al contrario de lo que sucede con un derecho real, carece de relevancia para los terceros, que no tienen un deber específico de respetarlo³²⁸, lo que justifican a través del principio de relatividad contenido en el artículo 1257 del Código civil³²⁹. Pese a esta corriente, la doctrina mayoritaria ha admitido la responsabilidad extracontractual del tercero por lesión de un derecho de crédito, al afirmar que éste es un derecho subjetivo que al igual que los derechos reales, merece ser protegido frente a cualquier perjuicio ilícito³³⁰. Estos autores entienden por su parte que el artículo

³²⁷ En la obra de PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN, *La protección aquiliana del derecho...*, cit., p. 89, se cita en este sentido a: BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, “Concepto de fraude civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 16, 1968, p. 215; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, “El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, p. 589.

³²⁸ En este sentido, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, “El perjuicio del derecho de crédito...”, cit., pp. 588-591.

³²⁹ Artículo 1257 Código civil: “*Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación a favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada*”.

³³⁰ En este sentido se han pronunciado: PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN, *La protección aquiliana del derecho...*, cit., pp. 93 y ss.; DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, cit.

1257 del Código civil no otorga a los terceros plena libertad para llevar a cabo actuaciones que causen un daño al titular de un derecho de crédito³³¹. Si esto es así, los acreedores de una empresa tienen derecho *ex contractu* a que su esfera patrimonial o derecho de crédito no venga lesionado en el curso de la ejecución del contrato establecido entre su deudora y un tercero, con fundamento en el principio de buena fe.

En atención a las observaciones anteriores, volviendo a la pregunta inicial y a nuestro supuesto de hecho, debemos reconocer a los acreedores de las empresas del grupo una protección o tutela de los derechos de crédito que tengan frente a la empresa *pooler* y que puedan ser lesionados. En otras palabras, la empresa *pooler* deberá responder por vía aquiliana de los daños patrimoniales que cause a los terceros acreedores, siendo la sanción la propia del incumplimiento contractual

332.

³³¹ PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN, *La protección aquiliana del derecho...*, cit., p. 97: “*En resumen, del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) no puede extraerse la conclusión de que los terceros no están obligados a respetar los derechos de crédito, ni tampoco que pueden ignorarlos porque son totalmente indiferentes para los terceros*”. El autor llega a la referida conclusión a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 478/95 (recurso núm. 68/1992), Roj. STS 2991/1995, de 26 de mayo de 1995: “*según el artículo 1257 del Código civil, los contratos solo producen efecto entre los que los otorgan y sus herederos y frente a terceros constituyen ‘res inter alios acta’, lo que implica que, en principio, no actúan ni en su contra ni en su beneficio, si bien no cabe desconocer que producen efectos reflejos, con eficacia jurídica indirecta para ellos –los terceros- si los conocen, lo que en aras de la buena fe, le impide celebrar con alguna de las partes otro contrato que resulte incompatible o frustre el fin pretendido con el primer contrato, siendo de respetar igualmente la apariencia del tráfico jurídico*”, y de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 1021/1996 (recurso núm. 399/1993), Roj. núm. 6942/1996, de 5 de diciembre de 1996 que, respecto a la relatividad del contrato dispone que: “*su eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros, que han de respetar la situación jurídica creada si la conocen, lo que les obliga a no celebrar con alguna de las partes otro contrato incompatible con el anterior, que frustre su cumplimiento o el interés del otro contratante (...), es decir, que el principio de la relatividad del contrato no es principio tan absoluto que permita a un tercero desconocido, pues le obliga el principio general del derecho de la buena fe, que con mayor razón ha de afectar a quien es parte en ambos contratos (...)*”.

³³² En este mismo sentido se ha pronunciado DACCÒ, ALESSANDRA, *L’accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, cit., pp. 305-311.

2.3. Responsabilidad por la ausencia de una compensación adecuada.

Como ya sabemos, carecemos en nuestro ordenamiento jurídico de una norma que responsabilice a los socios por los daños ocasionados a la sociedad y consocios, y más concretamente, de una norma que atribuya responsabilidad a la sociedad dominante por los perjuicios causados y no compensados en el ejercicio de la dirección unitaria a las sociedades dependientes, accionistas externos o terceros acreedores. En estas circunstancias, según hemos expuesto más arriba, lo habitual es acudir al Derecho común para instar la responsabilidad contractual o extracontractual, al menos en tanto no se apruebe el Derecho de sociedades proyectado.

Es interesante apuntar a este respecto que el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles ya establecía en el artículo 601 una responsabilidad de la sociedad dominante frente a las sociedades dominadas, accionistas y acreedores por el daño que con sus instrucciones causasen a las sociedades dominadas sin una compensación adecuada. En este mismo sentido se ha redactado el artículo 291-12 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, de modo que en caso de aprobarse, la sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente del perjuicio causado a la sociedad dependiente por las instrucciones impartidas a los administradores de ésta sin compensación adecuada. Se dispone asimismo que la acción de responsabilidad podrá ser ejercida tanto directamente por cualquier administrador o socio, como subsidiariamente por los acreedores en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad (artículo 291-12.3).

Realizadas estas observaciones, conviene tener presente que en caso de aprobarse el referido Anteproyecto, la sociedad filial, y subsidiariamente los socios minoritarios y los acreedores, podrán ejercitar la acción social de responsabilidad no solo frente a los administradores sino también frente a la sociedad *pooler* en caso de una compensación inadecuada o insuficiente.

Capítulo IV. Aspectos de Derecho Concursal (1)

La rescisión concursal con referencia a los múltiples flujos de tesorería realizados entre las sociedades del grupo y la sociedad pooler.

SUMARIO: **I. El concepto de grupo de sociedades en el ámbito concursal. II. Planteamiento. Breve revisión de los instrumentos de compensación, subordinación y rescisión de créditos concursales. III. El instituto de la rescisión concursal. Consideraciones generales y fundamento.** 1. Naturaleza jurídica y fundamento de las acciones de rescisión concursal. 2. Presupuestos. 2.1. La declaración previa del concurso de acreedores. 2.2. El acto del deudor perjudicial para la masa activa. 2.3. Significado del perjuicio para la masa activa. 2.4. La prueba general de la perjudicialidad del acto y las presunciones absolutas y relativas de perjuicio. 2.5. Periodo sospechoso de dos años y ausencia de vinculación entre el acto perjudicial y la insolvencia del deudor. **IV. La rescisión concursal y el *cash pooling*.** 1. Los actos de disposición objeto de rescisión concursal. 1.1. Flujos de tesorería ascendentes y descendentes: préstamos, reembolso de préstamos y pago de intereses. 1.1. a) Reembolso de préstamo “societario” sustitutivo de capital social. 1.2. Garantías contextuales sobre deuda ajena. 1.3. La ampliación de capital por compensación de créditos. Sus particularidades en sede de un acuerdo de refinanciación. 2. Causas de enervación de la presunción de perjuicio patrimonial. 2.1. La obligación contractual de realizar el pago por compensación durante el periodo sospechoso. 2.2. La compensación automática que media en el pago a tercero. 2.3. El interés del grupo instrumental y las ventajas compensatorias. a) Especial referencia a las garantías contextuales o intragrupo. 2.4. Actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. **V. Los efectos de la rescisión para las personas especialmente relacionadas. VI. Otras acciones rescisorias.**

I. El concepto de grupo de sociedades en el ámbito concursal.

Adelantábamos en el capítulo segundo que la Disposición adicional sexta de la Ley concursal remite al artículo 42.1 del Código de comercio para definir el concepto

de grupo de sociedades a efectos concursales³³³. También allí señalábamos que nos parece más adecuado entender el referido artículo como una norma sectorial prevista para regular la consolidación de cuentas en el escenario concreto de un grupo vertical que como una norma con aplicación universal; al tiempo que nos posicionábamos a favor de un concepto de grupo amplio y basado en la unidad de decisión, con independencia de que existiere entre las partes una relación de control.

Tales conclusiones las trasladamos ahora aquí para exponer el significado del grupo de sociedades en sede concursal. Hay que empezar señalando que no hay duda de que a la luz de la Ley concursal, el concepto de grupo se restringe a la existencia de una relación de control³³⁴. No obstante, creemos que esta definición

³³³ Sobre la remisión de la Ley Concursal al artículo 42.1 del Código de comercio, véase: EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal”, Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación”, núm. 4, pp. 65-79; SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN/FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El concepto estricto de grupo en la Ley Concursal (A propósito de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Tarragona de 24 de septiembre de 2013 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de diciembre de 2013)”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 291, pp. 595-620; CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, cit., pp. 193-247; LÓPEZ APARCERO, ANTONIO, “Concepto de grupo de sociedades y concurso”, Anuario de Derecho concursal, núm. 26, 2012, pp. 251-272.

La disposición adicional sexta ha sido derogada con efectos de 1 de septiembre de 2020 por la disposición derogatoria única.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y reemplazada por la disposición adicional primera del mismo Real Decreto Legislativo.

³³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 134/2016 (recurso núm. 2467/2013), Roj. núm. 961/2016, de 4 de marzo de 2016: *“En cualquier caso, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para evitar equívocos sobre la noción de grupo de sociedades, introdujo la actual disposición adicional 6 de la Ley Concursal, según el cual “a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio”. Con esta remisión, ahora queda claro que la noción de grupo, en toda la ley concursal, viene marcada no por la existencia de una unidad de decisión, sino por la situación de control, tal y como se prevé en el art. 42.1 Ccom, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio. (...) Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u tras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el accionariado o en el órgano de administración de las sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo mediante la*

resulta incoherente con el fin de nuestro Derecho concursal, que no es otro que la protección de los intereses de los acreedores. No nos parece apropiado que los créditos concedidos entre sociedades que se agrupan, por ejemplo, por medio de una relación horizontal, que actúan bajo una misma dirección unitaria, comercial, financiera y estructural, y que se presentan en el mercado como un auténtica empresa policorporativa, reciban la calificación de créditos ordinarios en lugar de la de subordinados³³⁵, dados los innegables perjuicios que ello podría ocasionar a los acreedores³³⁶.

Ha de tenerse presente asimismo que en sede concursal, tanto el interés social como el interés de grupo, incluso aquel con carácter instrumental, se vuelven irrelevantes, siendo el interés del concurso el único que debe considerarse³³⁷. Por

adquisición de derechos o la concentración de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de control implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para ilustrar el contenido de estas facultades, sirve la mención que en la doctrina se hace al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las combinaciones de negocios, se refiere al control como el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades". En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 588/2018 (recurso núm. 1690/2015), Roj. núm. 3615/2018, de 23 de octubre de 2018; o la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 598/2018 (recurso núm. 2339/2015), Roj. núm. 3680/2018, de 31 de octubre de 2018.

³³⁵ Situaciones similares a la expuesta se han encontrado en nuestra jurisprudencia, véase entre otras: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), resolución núm. 384/2012 (recurso núm. 527/2011), Roj. núm. 21680/2012, de 7 de diciembre de 2012; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), resolución núm. 449/2013 (recurso núm. 303/2013), Roj. 13617/2013, de 11 de diciembre de 2013.

³³⁶ Para un estudio más detallado sobre este tema, véase: SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN/ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, "El concepto estricto de grupo en la Ley Concursal...", cit., [versión digital].

³³⁷ Sobre el interés del concurso, puede verse: GONÁLEZ BILBAO, EMILIO, "Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva Ley Concursal". Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 94, 2004, pp. 167-192; TIRADO MARTÍ, IGNACIO, "Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)", Anuario de Derecho civil, núm. 3, 2009, pp. 1055-1108.

ejemplo, en el supuesto común del concurso de una sociedad filial, la administración concursal no atenderá en el ejercicio de sus actuaciones al interés del grupo, sino que se centrará en cumplir el interés del concurso, cuyo fundamento principal es la satisfacción de los créditos de los acreedores.

II. Planteamiento. Breve revisión de los instrumentos de compensación, subordinación y rescisión de créditos concursales.

Dicho esto, nuestra investigación se dirige ahora a estudiar los principales efectos que la declaración de concurso de alguna de las sociedades del grupo puede tener sobre los continuos flujos financieros que se efectúan entre la sociedad *pooler* y las filiales.

A continuación nos referiremos brevemente al mecanismo de la compensación concursal entre los flujos de tesorería; a la aplicación de la subordinación de créditos con motivo de la condición de personas especialmente relacionadas que tienen la sociedad *pooler* y la filial concursada; y al complicado ejercicio de la acción rescisoria, en cuanto dudosa presunción de un “perjuicio patrimonial” en el ámbito de un grupo de sociedades con estructura de *cash pooling*³³⁸. Nos detendremos en el estudio de la acción rescisoria por ser aquí donde se plantean los principales interrogantes, pero antes de seguir, es conveniente que comentemos brevemente las implicaciones que los diversos instrumentos concursales presentan en el contexto de nuestro supuesto de hecho.

A este propósito, es oportuno recordar que las transferencias de fondos que tienen lugar entre la sociedad *pooler* y cada una de las empresas del grupo se compensan y se liquidan a través de la compensación convencional que deriva del contrato de préstamo con pacto de cuenta corriente³³⁹. En este sentido, debemos preguntarnos

³³⁸ Tales problemas fueron ya apuntados con carácter general por: FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El contrato de cash pooling”, cit., p. 254.

³³⁹ SANTOS BRIZ, JAIME, “Artículo 1.196”, cit., p. 467: “En la compensación convencional las partes pueden pactar sobre la forma de verificarse dentro de los límites que a la autonomía

qué ocurre con los créditos y deudas que recíprocamente existen entre las partes al momento de la declaración de concurso de una de ellas. El artículo 58 de la Ley Concursal prohíbe expresamente la compensación una vez declarado el concurso, si bien, la prohibición no es absoluta, al preverse una excepción. El precepto dispone que “producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración de concurso, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella”. Los requisitos de compensabilidad a los que se refiere la norma son los establecidos en el artículo 1.196 del Código Civil, esto es, que los créditos sean recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles. Se dispone también que estas condiciones han de haberse producido con anterioridad a la declaración de concurso, y a este respecto, la jurisprudencia y la doctrina han debatido en numerosas ocasiones cómo debe interpretarse el cumplimiento de esta circunstancia en el ámbito de una compensación convencional. En este sentido, se ha concluido que para que opere la excepción del artículo 58 es necesario que el acreedor haya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso el ejercicio de la llamada “autotutela de la compensación”, es decir, haya provocado la concurrencia de las condiciones para compensar previstas en el Código Civil³⁴⁰.

de la voluntad fija el art. 1255 del CC, ya reduciendo los requisitos que se exigen para la compensación legal, o ya añadiendo otros. Característica común con la compensación legal, que no puede faltar, es que se trate de créditos de la misma clase; en supuesto de pacto sobre compensación de créditos heterogéneos no habrá compensación, sino una recíproca dación en pago. También ha de concurrir necesariamente la reciprocidad y el propio derecho a que se refiere el art. 1.195, y la facultad de cada concurrente de libre disposición sobre los créditos que aporta a la compensación. Acerca del efecto retroactivo de la compensación convencional habría de estarse a lo pactado. En defecto de pacto, es opinión predominante que sólo producirá efectos desde que tuvo lugar el acuerdo compensatorio”.

³⁴⁰ Así lo ha manifestado, HORMACHEA ALONSO, JUAN, “Ejecución de garantías financieras y compensación en el concurso. Comentario a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 y de 26 de junio de 2012”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18, 2013, p. 257.

Todos los autores reconocen la aplicación del art. 58 LC a la compensación convencional, siempre que hubieren concurrido los requisitos del art. 1.196 CC. Entre otros autores: VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, “Artículo 58. Prohibición de compensación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, p. 765: “El precepto está pensando claramente en la compensación legal, pero

Trasladando estos principios a nuestro supuesto de hecho, podemos resolver que una vez compensados los créditos que recíprocamente existan entre la filial concursada y la sociedad *pooler* resultará un único saldo, que se traduce en el “exceso no compensado”. Si el mencionado saldo representa un crédito a favor de la empresa concursada, éste se integrará en la masa activa del concurso; si por lo contrario, el exceso no compensado representa un crédito a favor de la sociedad *pooler*, ésta concurrirá como acreedora en el concurso. Éste último supuesto, el del saldo a favor de la sociedad *pooler* como resultado de la compensación, nos lleva a analizar el instituto de la subordinación de créditos (art. 92. 5 y 93.2.3º LC).

también se aplicará a la convencional, si los requisitos de cada una de ellas concurren antes del concurso”.

En la jurisprudencia, entre otras sentencias que admiten la compensación convencional por concurrir los requisitos con anterioridad a la declaración del concurso: Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 46/2013 (recurso núm. 1793/2010), Roj. núm. 852/2013, de 18 de febrero de 2013; y Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 428/2014 (recurso núm. 2912/2012), Roj. núm. 3566/2014, de 24 de julio de 2014: *“Aunque (...) los efectos de la compensación se producen de forma automática o “ipso iure”, con la extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y una eficacia “ex tunc”, este automatismo va referido a su eficacia más que al modo de producirse la misma. De tal forma que este efecto de la compensación no se produce hasta que se haga valer por uno de los acreedores recíprocos, si bien en ese momento actuará como si la extinción de las prestaciones contrapuestas se hubiera verificado al tiempo de nacer la segunda de ellas. Así se entiende que la Ley prohíba, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales o no haber sido pactado; y, al mismo tiempo, admita la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después”;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª), resolución núm. 278/2010 (recurso núm. 272/2010), Roj. núm. 1236/2010, de 16 de septiembre de 2010 78/2010: *“Requisitos estos que entendemos que son los que previene el artículo 1.196 del Código Civil, aún cuando se trate de una compensación convencional y no legal, debiendo tratarse de una deuda vencida, líquida y exigible (...) se trataba de una cláusula de compensación expresamente pactada, como ocurre en el supuesto enjuiciado, de forma que entendemos correcto el criterio del Juez de instancia cuando da lugar a la compensación de las únicas cantidades que acredita la parte demandada que reúnen los requisitos mencionados, de liquidez, de vencimiento y exigibilidad al tiempo de la declaración del concurso”;* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), resolución núm. 102/2011 (recurso núm. 749/2010), Roj. 1458/2011, de 22 de febrero de 2011.

El legislador ha entendido por diversas razones que determinados créditos concursales deben satisfacerse con posterioridad al resto. A este fin, el artículo 92 de la Ley incorpora una enumeración de supuestos que llevan a la calificación de un crédito como subordinado. Esta relación sirve asimismo para indicar el orden por el que se procederá a satisfacer los créditos subordinados y, en caso de haber varios pertenecientes a la misma categoría, se pagarán a prorrata, en virtud del artículo 158.2 de la Ley. Entre los varios supuestos de créditos subordinados, debemos detenernos en el que se refiere a los créditos que merecen esta calificación por pertenecer a personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 92.5 LC). De esta manera, el artículo 93.2.3º dispone que tienen esa consideración las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes ³⁴¹. Se ha argumentado a este respecto que la razón por la que el legislador ha calificado los mencionados créditos como subordinados obedece a la especial y privilegiada relación que el acreedor tiene con el concursado. Puede pensarse en la información privilegiada sobre el estado económico y financiero de la que dispone, porque en provecho de la misma, pudo haberse causado o agravado el endeudamiento del deudor, o incluso, asegurado su

³⁴¹ ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, “Artículo 92. Créditos subordinados”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1.197-1.200; ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, “Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1.218 -1.220.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 289/2015 (recurso núm. 1471/2013), Roj. núm. 2979/2015, de 2 de junio de 2015: *“La LC incluye una relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor, sea éste una persona natural (art. 93.1 LC) o una persona jurídica (art. 93.2 LC). La enumeración, tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones iure et de iure, de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues la lista está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados y, dado el carácter excepcional del precepto por sus consecuencias jurídicas que entraña la subordinación de los créditos, no caben interpretaciones analógicas”*.

posición en el procedimiento concursal³⁴². En el supuesto en cuestión, la sociedad *pooler* forma parte del mismo grupo que la empresa concursada, con lo que no cabe duda de que el posible crédito que resulte a favor de la sociedad *pooler* quedará postergado en tanto no se hayan satisfecho los créditos de los demás acreedores^{343 y 344}.

³⁴² En estos términos se han pronunciado, entre muchos autores: PÉREZ MILÁN, DAVID, “La subordinación de créditos y los pactos de socios”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 18, 2013, pp. 143 y ss.; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Thomson Reuters Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2013, pp. 202 y ss. y en particular, p. 215; y sobre la especial relación que tienen los administradores sociales y administradores de hecho con el concursado, ÁLVIA DE LA TORRE, ALFREDO, “La clasificación de los créditos”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 472-479.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Sección 1ª), resolución núm. 664/2011 (recurso núm. 1257/2008), Roj. 6633/2011, de 10 de octubre de 2011, al disponer lo siguiente: “*declarado que la ahora recurrente había sido administradora (...) en el tiempo que establece el precepto, actuó correctamente el Tribunal de la instancia al calificar el crédito de aquella como subordinado, pues interpretó de conformidad con los cánones a los que se refiere el artículo 3 del Código Civil la referida norma, que pospone a la satisfacción de los demás créditos el que tenga por titular a quien, por ser o haber sido administrador de la persona jurídica declarada en concurso, ejerció actividades de gestión de la misma y tuvo acceso inmediato a una información completa sobre su situación económica, de la que pudo aprovecharse para asegurar su posición en el futuro procedimiento concursal, con independencia de lo que hiciera*”.

³⁴³ Son numerosas las sentencias que en sede concursal han reconocido la especial relación existente entre el socio y la sociedad en el ámbito de un contrato de *cash pooling*. Por ejemplo, pueden citarse las siguientes: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (Sección 7ª), (recurso núm. 160/2017), Roj. núm. 3267/2018, de 24 de octubre de 2017, en el escenario de un *cash pooling*, reconoce la especial relación que mantiene el administrador único y socio mayoritario con la sociedad, y estima en consecuencia que los créditos existentes entre los mismos tienen la consideración de subordinados; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), resolución núm. 110/2016 (recurso núm. 290/2015), Roj. núm. 2557/2016, de 29 de marzo de 2016, también reconoce en carácter subordinado de los créditos realizados entre en el socio y la sociedad en el contexto de un grupo de sociedades con estructura de *cash pooling*.

³⁴⁴ Estas consideraciones, no obstante, deben matizarse en caso de que el concurso de acreedores de la sociedad se hubiese declarado dentro de los dos años siguientes a la declaración del actual estado de alarma. En efecto, ante esta situación, se ha aprobado mediante Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que en tales

El concepto de persona especialmente relacionada con el deudor se encuentra también relacionado con el ejercicio de la acción rescisoria. Con esta acción se pretende traer al patrimonio del concursado todo lo que indebidamente salió de él, reintegrándolo de nuevo a la masa activa³⁴⁵. De esta forma, el artículo 71.3.1º de la

circunstancias, los créditos entre personas especialmente relacionadas no tendrán la consideración de subordinados sino de ordinarios o contra la masa, según las circunstancias.

Sobre el carácter ordinario de los créditos, el artículo 12.1 establece lo siguiente: *“En los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos ordinarios, los derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, que desde la declaración del estado de alarma le hubieran sido concedidos al deudor por quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él”*. Por otra parte, el artículo 9.3 se refiere a la consideración de tales créditos como contra la masa: *“En caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este por cualquier persona, incluidas las que, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él, siempre que en el convenio o en la modificación constase la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir”*.

Ese matiz es aplicable al resto del trabajo en lo que se refiere a la calificación de los créditos entre personas especialmente relacionadas.

³⁴⁵ Es conocido que entre el espacio temporal que media entre la insolvencia y la efectiva declaración de concurso es frecuente que el deudor, ante la previsión de que su patrimonio va a ser aprehendido, inicie determinados actos para desviar parte de su patrimonio y/o favorecer a algunos acreedores en perjuicio de los demás. Esta realidad ha justificado la necesidad de regular mecanismos que permitan reintegrar a la masa activa del concurso lo que indebidamente salió de él. Con el ejercicio de la acción rescisoria se pretende asegurar la satisfacción de los créditos a los acreedores concursales en igualdad de condiciones. En este sentido, puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª), resolución núm. 231/2008 (recurso núm. 837/2007), Roj. núm. 828/2008, de 2 de octubre de 2008, que establece lo siguiente: *“Como es sabido, los ordenamientos jurídicos se han mostrado secularmente recelosos de los negocios jurídicos realizados por el deudor insolvente en los momentos inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento concursal porque, como la experiencia demuestra, el deudor suele intentar poner a salvo su patrimonio mediante actos y contratos que redundan en perjuicio de los acreedores, bien intentando salvar ciertos bienes celebrando contratos con personas de su entorno o confianza, bien favoreciendo a determinados acreedores, bien realizando*

Ley entiende que son rescindibles por ser perjudiciales para la masa activa del concurso, los actos onerosos que la concursada realice a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con ella durante los dos años anteriores al auto de declaración de concurso. Si esto es así, todos los flujos financieros que la concursada realice a favor de la sociedad *pooler* con motivo de la devolución del préstamo previamente otorgado por ésta última, o la prestación de garantías contextuales a favor de la sociedad *pooler* para garantizar la deuda que una sociedad hermana tenga con aquélla, en tanto se producen en el interior del grupo, deberán presumirse perjudiciales para la masa y en consecuencia rescindibles. El mismo juicio podría hacerse respecto al propio contrato de *cash pooling* en el caso de haberse celebrado durante el periodo sospechoso³⁴⁶. Dicha presunción de perjuicio se entiende legalmente admitida y aplicable, con lo que para evitar la

operaciones de elevado riesgo que, quizás en otra situación, menos apremiante, no hubieran realizado (como ha tenido ocasión de manifestar la doctrina, Viguer Soler, Sancho Gargallo, etc.). Pues bien, frente a tales situaciones las leyes ofrecen diversas soluciones que persiguen la declaración de ineficacia de los negocios jurídicos así realizados por perjudicar a la masa; una de tales soluciones son las acciones de retroacción o acciones de reintegración, basadas en una presunción de fraude o simplemente en el perjuicio ocasionado a la masa activa”.

³⁴⁶ Ante las posibles dudas que pueda plantear el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, conviene realizar alguna aclaración. El Real Decreto establece que los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza deberán tener la consideración de créditos ordinarios si el concurso de acreedores se ha declarado en los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma (art. 12.1), y de créditos contra la masa en caso de incumplimiento de convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma (art. 9). En definitiva, la condición de persona especialmente relacionada que pueda tener un acreedor respecto de su deudor no obstaculiza la consideración del crédito como ordinario o como contra la masa.

Aclarado esto, es importante destacar que si bien el Real Decreto-ley ha modulado o alterado el régimen de calificación de los créditos realizados entre personas especialmente relacionadas, no ha alterado los efectos que de acuerdo con el instrumento de la rescisión concursal puedan tener los créditos entre tales personas. Por tanto, los flujos de tesorería que la sociedad filial concursada realice a la sociedad *pooler*, en tanto son personas especialmente relacionadas, deberán presumirse perjudiciales para la masa activa del concurso y por tanto, podrán ser objeto de rescisión concursal en los términos que se explican en los siguientes epígrafes del trabajo.

rescisión de dichos créditos, la parte acreedora deberá alegar ante la administración concursal razones que enerven tal presunción. En otro caso, las transferencias de tesorería realizadas dentro del periodo sospechoso, se reintegrarán a la masa activa del concurso, y en función de la buena o mala fe del acreedor se calificarán respectivamente como créditos contra la masa o como créditos subordinados.

III. El instituto de la rescisión concursal. Consideraciones generales y fundamento.

Para resolver adecuadamente la problemática que plantea el ejercicio de las acciones rescisorias concursales respecto de los flujos ascendentes y descendentes de tesorería realizados en el ámbito de un contrato de *cash pooling*, conviene en primer lugar atender al estudio de los principales aspectos que componen este instituto concursal. Así, nos referiremos brevemente a su naturaleza jurídica, a su fundamento y a los presupuestos que de acuerdo con la Ley concursal justifican el ejercicio de tales acciones³⁴⁷.

³⁴⁷ Sobre el instituto de la reintegración concursal en general, véase entre otros: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit.; ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, “Artículo 71. Acciones de reintegración”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 937-952; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria concursal*, Tirant Lo Blanch, 2013; ALCOVER GARAU, GUILLERMO, “Acciones de reintegración”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA/ ALONSO LEDESMA, CARMEN/ ALONSO UREBA, ALBERTO/ ALCOVER GARAU, GUILLERMO (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, “Acciones de reintegración”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 829-871; LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, “La acción revocatoria concursal: perfiles generales”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, en Vol. 4: La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4159-4174; HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN (Coord), “Efectos de la declaración del concurso: efectos sobre los actos perjudiciales para la masa”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN (Coord), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 291-310; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 163. Calificación del concurso”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1770-1774.

1. Naturaleza jurídica y fundamento de las acciones de rescisión concursal.

Es bastante recurrente en la doctrina el debate acerca de la determinación de la naturaleza jurídica de las acciones de reintegración concursal. La discusión gira principalmente en torno a la cuestión de si han de calificarse como acciones propias y autónomas o si por lo contrario, han de concebirse como acciones que se complementan y participan de las acciones comunes de rescisión, por considerarse que han sido simplemente adaptadas a las exigencias que plantea su utilización en el marco de un concurso de acreedores. Para comprender adecuadamente el alcance del debate, parece oportuno realizar un breve examen de las particularidades o especialidades que definen a los regímenes jurídicos de ambas acciones.

Las acciones de reintegración concursal se regulan en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, y las acciones generales de rescisión se regulan en el artículo 1.111 en relación a los artículos 1.291 y siguientes del Código Civil. El origen del debate reside en la circunstancia de que ambas normas utilizan el término “rescisión” para privar de eficacia a determinados actos realizados por el deudor durante el periodo sospechoso, si bien con algunas diferencias en cuanto a las condiciones requeridas para su ejercicio³⁴⁸, que pueden resumirse en las siguientes: (i) mientras el régimen común exige la concurrencia de fraude o de ánimo fraudulento en la conducta del deudor, el régimen concursal lo excluye, sustituyéndolo por el perjuicio; (ii) el periodo sospechoso es de cuatro años en el Código civil, frente a los dos años que contempla la Ley concursal; (iii) las acciones comunes tiene carácter individual frente al carácter colectivo que caracteriza a las concursales. Esto significa que mientras la primera se ejercita por y en interés del acreedor perjudicado, la segunda se ejercita en interés de la masa, es decir, en

³⁴⁸ Para una mejor comprensión de las diferencias entre el régimen común de las acciones rescisorias y el régimen de las acciones de reintegración concursal, pueden consultarse los siguiente: SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 24-31; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit. p. 43; ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, “Artículo 71. Acciones de reintegración”, cit., pp. 938 y 939.

interés de todos los acreedores concursales³⁴⁹; (iv) los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción rescisoria concursal son la administración concursal y subsidiariamente los acreedores concursales, en tanto que para el ejercicio de las acciones rescisorias comunes solamente los sujetos dañados están legitimados; (v) las acciones rescisorias tienen carácter subsidiario, mientras que las concursales tienen naturaleza principal; (vi) y finalmente, el ejercicio de las acciones de rescisión concursal requiere como presupuesto necesario la previa declaración del concurso.

Tales singularidades, como decimos, han llevado a algunos autores a calificar las acciones de reintegración concursal como acciones propias e independientes³⁵⁰. En nuestra opinión, no obstante, las distinciones no son tan significativas como para concluir que estamos ante una categoría autónoma y especial, de modo que compartimos con la mayoría de los autores la tesis de que las acciones de reintegración concursal tienen naturaleza rescisoria y en este sentido, se complementan o participan del régimen común³⁵¹. Desde este punto de vista,

³⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 629/2012 (recurso núm. 672/2010), Roj. núm. 7265/2012, de 26 de octubre de 2010: *“El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso”*.

³⁵⁰ En este sentido: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 42; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria concursal*, cit., p. 17; ALCOVER GARAU, GUILLERMO, “Acciones de reintegración”, cit., p. 711; HUELMO REGUEIRO, JOSEFINA, *La acción rescisoria concursal*, Tesis doctoral dirigida por Cristina Riba Trepas, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015.

³⁵¹ SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 27-30, en concreto en la p. 30 concluye que: *“Las acciones concursales son antes que nada acciones rescisorias ya que tienen por objeto privar a un negocio válidamente celebrado por el concursado de los efectos perjudiciales que hubiere podido causar frente a la masa activa. (...) La consecuencia de esta afirmación será la aplicación del régimen rescisorio común cuando el mismo no sea incompatible con el concursal. Por otra parte, las diferencias no son de suficiente calado como para reclamar una autonomía del régimen rescisorio concursal, ya que obedecen más a la naturaleza del procedimiento en el que nos encontramos que a una voluntad de nuestro legislador de querer instaurar un régimen autónomo”*. El autor indica en este sentido que la

entendemos que el régimen jurídico aplicable a las acciones de reintegración concursal es el contemplado en la Ley Concursal y en su defecto o en lo que no se oponga a éste, el establecido en el Código Civil.

Una vez determinado el régimen jurídico de las acciones rescisorias concursales, conviene precisar que tal y como ha señalado tradicionalmente la doctrina con respecto a las acciones rescisorias generales, éstas cumplen por un lado, una función redistributiva del daño social entre todos los acreedores y por otro lado, una función preventiva del daño³⁵². Téngase presente en cuanto a esta última

declaración de concurso como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción rescisoria concursal *“(…) no legitima, sin embargo, como hacen algunos autores, para entender que las acciones rescisorias concursales constituyen una categoría especial, sino que por el contrario debe considerarse que participan de la naturaleza de las acciones rescisorias comunes, si bien adaptada a las particulares exigencias cuya utilización reclama”*. Asimismo, señala que la triple subordinación jurídica, económica y procesal que exige el ejercicio de las acciones rescisorias comunes también han de concurrir en para el ejercicio de las acciones de reintegración concursal, y a estos efectos establece que: *“Pues bien, si la subsidiaridad debe ser entendida de forma que deben concurrir estos requisitos, no cabe duda que todos ellos se dan en el ejercicio de las acciones rescisorias en el ámbito concursal, ya que los acreedores no pueden ejercitar ninguna acción una vez declarado el concurso, y sólo pueden hacerlo en sede del artículo 71 en defecto de la administración concursal. A la vista de lo que antecede, parece que la subsidiaridad civil y concursal no presentan grandes diferencias y aún cuando se aceptara esta posición, no cabe duda que no es una característica lo suficientemente relevante como para residenciar en ella la exigencia de un régimen rescisorio especial y autónomo”*; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, “Acciones de reintegración”, cit., p. 845: *“(…) acaso debemos retornar a la regulación de acción revocatoria o rescisoria por fraude de acreedores a fin de completar los vacíos que siempre se advierten en una reglamentación especial”*; LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, “La acción revocatoria concursal: perfiles generales”, cit., p. 4166; MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, en Vol. 4: La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 4219.

También se ha pronunciado de este modo la jurisprudencia. Puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 615/2015 (recurso núm. 117/2013), Roj. núm. 4444/2014, de 12 de noviembre de 2014, que establece que: *“las acciones de reintegración”, y, en particular, las acciones rescisorias concursales, responden a la categoría jurídica de rescisión por concurrir algunos requisitos de dicha figura y en particular, la sanción de ineficacia de negocios válidamente celebrados”*.

³⁵² SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 31.

función que la experiencia ha demostrado que es una práctica habitual que el deudor común, ante la previsión de una inminente declaración de concurso, realice ciertos actos de disposición sobre su patrimonio con el fin de evitar que sus bienes o derechos queden afectados por el convenio o la liquidación propios del concurso, e incluso en ocasiones, para favorecer a unos acreedores en perjuicio de otros³⁵³. Estas actuaciones pueden concretarse en compraventas simuladas, donaciones, concesión de garantías a favor de créditos anteriores, pagos anticipados, etc. Precisamente para evitar esta mala práctica que pone en riesgo injustificadamente la integridad patrimonial del deudor concursado y disminuye en consecuencia las posibilidades de satisfacción de crédito de los acreedores, nace el sistema de la reintegración concursal. Como sabemos, este instituto permite preservar la integridad patrimonial del sujeto concursado, trayendo al mismo todos los bienes y derechos que indebidamente salieron de él. Se trata en definitiva de un medio óptimo para examinar el comportamiento y los actos del concursado en la fase previa a la declaración del concurso, en la que su estado de insolvencia ya era previsible.

Asimismo, el sistema de reintegración concursal cumple una función indemnitaria que busca privar de eficacia, no todos los actos realizados por el deudor durante el periodo sospechoso³⁵⁴, sino tan solo aquellos que pese a considerarse válidos, por

³⁵³ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 41; GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y concurso*, cit., p. 1107.

³⁵⁴ SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 32 y 33. El autor expone la diferencia que hay entre la función indemnitaria por la que se ha decantado la Ley concursal y la función anti-indemnitaria, propia ésta última de los sistemas concursales liberales.

De acuerdo con la teoría anti-indemnitaria, todos los actos anteriores a la declaración de concurso se declaraban nulo, al margen de que tuvieran o no carácter fraudulento y/o hubieran producido un perjuicio a los acreedores. Este sistema de retroacción absoluto fue el que incorporó el Código de Comercio de 1885 en su artículo 878.II al establecer lo siguiente: “*todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos*”. La jurisprudencia cambió la interpretación de este precepto, evolucionado como sabemos hacia la configuración de un sistema que reconocía la ineficacia relativa de los actos frente a la nulidad absoluta que había sido asumida durante tiempo. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo

contener una total apariencia de legalidad y por no adolecer en ellos ningún vicio contractual o estructural, son susceptibles una vez declarado el concurso de disminuir la masa activa del concurso y por derivación, las garantías de cobro de los acreedores, causándoles entonces un cierto perjuicio³⁵⁵.

(Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 205/1993 (recurso núm. 1589/90), Roj. núm. 1556/1993, de 12 de marzo de 1993, estableció la necesidad de relativizar los efectos de la ineficacia de los actos a través de la exigencia de “fraude”, y la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 870 (recurso núm. 3354/91), Roj. núm. 6063/1993, de 20 de septiembre de 1993, admitió a necesaria concurrencia del perjuicio. Se defendió asimismo que el referido artículo 878.II no cumplía con los caracteres de la nulidad, al no ser automático, originario y estructural. Así se manifestó en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 951/2005 (recurso núm. 1545/1999), Roj. núm. 7792/2005, de 13 de diciembre de 2005: *“La nulidad que se produce en base a la aplicación de la regla del art. 878.II CCom no es automática, ni absoluta, ni originaria ni estructural, toda vez que, en cuanto al carácter automático, se requiere decisión judicial al menos cuando se oponga o resista el actual poseedor a la entrega de los bienes, que por otra parte no pueden ser ocupados por los síndicos, que tampoco pueden, con la sola base del auto que fija la retroacción, cancelar o anular los asientos registrales causados por las transmisiones realizadas durante el periodo de retroacción; o que puede inscribirse una compraventa presentada antes que un auto de declaración de quiebra que retrotraiga sus efectos a fecha anterior; o que en los folios de las fincas enajenadas por el quebrado durante el período de retroacción no puede ser anotada la declaración de quiebra acordada en un procedimiento en que no son citados ni oídos los titulares registrales actuales de aquéllas. Tal nulidad tampoco afecta por igual a todos los actos, pues vienen excluyéndose aquéllos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tienen por válidos. No puede, finalmente, concebirse esta nulidad ni como originaria, pues el acto del quebrado nació correctamente, y no ha podido solicitarse la nulidad hasta la declaración de quiebra y la determinación del periodo de retroacción, ni cabe tampoco calificarla como estructural, pues no proviene de un defecto en origen, sino que se trata de las consecuencias posteriores de un negocio estructuralmente regular”*.

Para conocer con detalle la evolución legislativa que ha sufrido el sistema de reintegración concursal, puede verse: SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *El concurso de acreedores del grupo...*, cit., pp. 281-290; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 32-40; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 37.

³⁵⁵ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 41; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 22; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria...*, cit., p. 17.

2. Presupuestos.

Realizadas estas primeras observaciones, resulta fundamental atender a los presupuestos exigidos por la Ley Concursal para que proceda el ejercicio de las acciones de rescisión concursal. En este sentido, el artículo 71 de la Ley establece en su apartado primero que: “Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta”.

2.1. La declaración previa del concurso de acreedores.

La primera condición requerida para que proceda el ejercicio de la acción de rescisión concursal es que el concurso haya sido declarado³⁵⁶. A estos efectos, hay que estar al auto que lo declara, con independencia de que éste sea o no firme, y siendo por lo tanto irrelevante la fecha en que hubiera sido solicitado el concurso. Tampoco tiene interés el estado de solvencia o insolvencia que tuviera el deudor al momento de realizar el acto de disposición, ni la consideración de si el concurso es necesario o voluntario³⁵⁷.

³⁵⁶ Así lo ha destacado la jurisprudencia mediante la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 754/2013 (recurso núm. 2241/2011), Roj. núm. 6309/2013, de 12 de diciembre de 2013, al indicar que: “*La Ley Concursal (...) idea una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores*”.

³⁵⁷ SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 39, y en *El concurso de acreedores del grupo*, cit., p. 302; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria*, cit., p. 19; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, “Las operaciones del concurso de acreedores: la masa activa y la masa pasiva”, en APARICIO GONZÁLEZ, MARÍA LUISA/ URÍA, RODRÍGO (dir.)/ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO (dir.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. 2, segunda edición, Cizur Menor, 2006, p. 1024.

2.2. El acto del deudor perjudicial para la masa activa.

Contrariamente a lo establecido en la norma civil, la Ley Concursal no restringe el alcance de la rescisión concursal a los contratos³⁵⁸, sino que mediante el empleo del término “acto” lo extiende a cualquier conducta que tenga por objeto un derecho patrimonial³⁵⁹. La doctrina y la jurisprudencia han sugerido a estos efectos que la noción de acto se entienda en términos flexibles, de modo que éste pueda constituir objeto de rescisión tanto si deriva de una conducta activa como de una pasiva, es decir, tanto si resulta de la disposición u administración de un derecho con contenido patrimonial como de la renuncia o pérdida del mismo. Lo que sí constituye una exigencia es que el acto comporte un perjuicio para la masa activa del concurso y por derivación, a las expectativas o garantías de cobro de los acreedores³⁶⁰.

³⁵⁸ El Código Civil limita el alcance de la rescisión a los contratos en su artículo 1290 al establecer que: “*Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*”. Sobre la ampliación del objeto de la acción de reintegración concursal, puede verse: SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *El concurso de acreedores del grupo...*, cit., p. 303.

³⁵⁹ Todos los autores están de acuerdo con que el acto del deudor ha de tener contenido patrimonial. Lo han apuntado expresamente numerosos autores, entre otros: AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria*, cit., p. 21; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 80.

³⁶⁰ En este sentido, SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 80, ha entendido el término “acto de disposición” en un sentido amplio al apuntar que éste se refiere a una “*conducta que comporta la disposición, renuncia o pérdida de un derecho de contenido patrimonial, actual o futuro, en cuanto son susceptibles de perjudicar injustificadamente las legítimas expectativas de cobro de los acreedores*”; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria*, cit., p. 20, considera que no solo son rescindibles los actos de disposición sino también los de administración: “*aunque algún autor limita la noción de acto, exclusivamente, a los de disposición, considerando que sólo con ese tipo de actos se reduce la masa del concurso, estimo que es indiferente que el acto sea de disposición o de administración, por cuanto esta distinción, más que atender a la naturaleza del acto, toma en consideración la finalidad del mismo*”.

La jurisprudencia ha interpretado también la noción del “acto” en un sentido amplio. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 493/2011 (recurso núm. 320/2011), Roj. núm. 13409/2011, de 15 de diciembre de 2011, establece que: “*Por otra parte, el acto de disposición debe entenderse en un sentido*

En cuanto al elemento subjetivo, la norma se refiere a los actos realizados voluntariamente³⁶¹ por el deudor y en este sentido conviene precisar a los efectos

amplio: abarca tanto los contratos y negocios (unilaterales o bilaterales, gratuitos u onerosos), como los pagos (también por compensación) y las declaraciones unilaterales de voluntad que comportan un sacrificio patrimonial, como es el reconocimiento de derechos a favor de terceros, la renuncia de derechos propios e, incluso, el afianzamiento de una deuda ajena. Por lo que un acuerdo transaccional, en principio, puede ser objeto de rescisión, pero siempre que la renuncia, entrega o reconocimiento de derechos realizada por el deudor concursado haya generado un perjuicio para la masa activa...”; Asimismo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 5ª), resolución núm. 296/2010 (recurso núm. 1173/2009), Roj. núm. 106/2010, de 7 de octubre de 2010, se ha pronunciado a favor de la reintegración de las omisiones al manifestar que: “A los efectos de la apreciación de la reintegración es necesario que no solo se trata de actos en sentido positivo, sino que también son rescindibles las omisiones, entendidas como renunciaciones al ejercicio de los derechos (...); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 41/2020 (recurso núm. 1329/2019), Roj. núm. 87/2020, de 10 de enero 2010: “La rescisión concursal puede tener por objeto contratos o simples actos unilaterales del deudor, que no cuestionan la validez del negocio del que traen causa, como pueden ser los pagos o los actos de adjudicación”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 363/2019 (recurso núm. 1444/2018), Roj. núm. 6741/2019, de 12 de julio de 2019: “Aunque resulta ajeno al caso objeto de autos, conviene recordar que con relación a la fianza, la jurisprudencia (sentencia de fecha 21 de abril de 2014, seguida por la de 3 de junio de 2015) también considera su otorgamiento como un acto dispositivo a efectos de la rescisión, dado que se trataría de un acto o negocio obligacional, equiparable a un acto de disposición. Criterio por lo demás, mantenido por esta sección con relación a la constitución de garantías personales que perfilamos como actos de disposición a los efectos de la rescisión concursal en sentencias de fecha 14 de junio de 2013, 18 de julio de 2014 y 10 de diciembre de 2014, cuando indicábamos que: “... no sólo las enajenaciones del activo deben ser subsumidas en el concepto de acto de disposición que interesa a este régimen de la rescisión concursal sin también la constitución de garantías que entrañan para el patrimonio del garante un gravamen significativo con el que se arriesga, de modo concreto, todo o buena parte de él y se afecta a la consideración que éste merece en el tráfico económico y jurídico”.

³⁶¹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1113: “(...) no habrá que olvidar que la procedencia de la acción de reintegración va referida, siempre, a actos del deudor, por lo que la voluntariedad que caracteriza a éstos se constituye en presupuesto de tal remedio jurídico. De este modo, puede señalarse que no cabe la rescisión de un acto al amparo del art. 71.1 LC cuando el mismo viniera a suponer el cumplimiento de una norma jurídica, pues no habría acto, como tal, impugnado del deudor, con independencia de su significado para la masa activa, ya que, de alguna manera, esa valoración acerca del carácter perjudicial o no de aquél viene resuelta de modo negativo en la norma que exige tal comportamiento”.

de nuestro trabajo que en el supuesto de un deudor persona jurídica, se enjuiciará el acuerdo aprobado en junta de accionistas, o la conducta perjudicial realizada por el administrador social o por cualquier otra persona u órgano competente, siempre que el determinado acto pueda imputarse a la sociedad³⁶².

2.3. Significado del perjuicio para la masa activa.

El fundamento de la rescisión se basa en el perjuicio que el acto realizado por el deudor en el período de los dos años anteriores a la declaración de concurso hubiera causado a la masa activa del concurso. El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción no está exenta de complicaciones. Prueba de ello son las numerosas interpretaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales que se han desencadenado en torno a su significado y alcance. Con el fin de conocer adecuadamente los criterios que en un principio pueden llevar a presumir el carácter perjudicial de determinados actos patrimoniales realizados en sede de un contrato de *cash pooling*, nos parece oportuno detenernos, aun brevemente, en el estudio de aquellos criterios y argumentos.

Con el propósito de realizar una clara exposición, consideraremos por un lado, la inexigibilidad de intención fraudulenta en el concepto de perjuicio; y por otro lado, los dispares criterios acaecidos en la doctrina jurisprudencial en cuanto a su alcance, que discurre desde una noción amplia del perjuicio, basada en razones sistemáticas, hasta otra noción más restrictiva, basada en términos teleológicos, habiendo sido esta última concepción redefinida por la jurisprudencia más reciente mediante la introducción de ciertas circunstancias excepcionales.

En cuanto a la primera cuestión planteada, según la literalidad de la norma, la intención fraudulenta del deudor o la de quienes negocian con él no constituye una exigencia para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. En efecto, tal elemento

³⁶² SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 85.

subjetivo o intencional se sustituye por otro elemento objetivo, basado en un efectivo perjuicio a la masa activa^{363 y 364}.

³⁶³ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 90; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., p. 1117; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 24-26; MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Aproximación al régimen de los efectos...”, p. 4219; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria*, cit., pp. 136-138.

Así se ha pronunciado también la jurisprudencia. Entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 199/2015, (recurso núm. 1031/2013), Roj. núm. 1704/2015, de 17 de abril de 2015, que establece que: “no es necesario que se haya realizado con intención de dañar, como insistentemente destaca el recurrente, pues la rescisión a que se refiere el art. 71.1 LC descarta expresamente cualquier elemento subjetivo de fraude. Y el acto, en sí mismo considerado, es susceptible de otras acciones independientes, como las que se han promovido en este supuesto de calificación del concurso (ex art. 167 LC), pero la acción de reintegración aquí ejercitada es una acción propia, que se funda en el elemento objetivo del perjuicio a la masa activa por un acto realizado dentro del periodo sospechoso de dos años, que son los dos requisitos exigidos por el invocado art. 71.1 LC”; Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 653/2016 (recurso núm. 637/2016), Roj. núm. 4722/2016, de 4 de noviembre de 2016: “En la acción rescisoria por fraude de acreedores del art. 1291.3 del Código Civil es preciso, además del perjuicio, el elemento subjetivo del *consilium fraudis*, como complicidad del transmitente con el destinatario de la transmisión patrimonial o, al menos, como conocimiento del perjuicio por parte de esta persona, para lo que resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, *scientia fraudis* (sentencias de esta sala de 17 de julio de 2006, 406/2010, de 25 de junio, y 575/2015, de 3 de noviembre) (...) Sin embargo, para que proceda la acción rescisoria concursal, basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. El perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado”;

³⁶⁴ Es innegable, no obstante, que si bien el fraude o la mala fe no se exigen para el ejercicio de la acción de reintegración concursal, sí están presentes en la Ley Concursal y en caso de constatarse, desencadenarán sus propios efectos. Ello puede comprobarse en varios artículos: (i) en el artículo 73.2 LC, en cuya virtud se modifican los efectos de la rescisión si el que hubiera contratado con el concursado lo hubiera hecho de mala fe, al establecer lo siguiente: “Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irrevindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa”; (ii) también en el artículo 73.3 LC, de acuerdo con el cual, la apreciación de la mala fe en el acreedor supone que el derecho de prestación que resultase a su favor como efecto de la rescisión pase de tener la consideración de crédito contra la masa, a tener la de crédito

En cuanto a la segunda cuestión, sobre el alcance del perjuicio, han surgido varias interpretaciones³⁶⁵. Así, algunos autores se han decantado por una noción amplia del perjuicio, señalando a estos efectos que éste no comporta en todos los casos una aminoración del activo patrimonial; como ejemplo de ello proponen situaciones en las que se hayan efectuado pagos anticipados o constituido garantías contextuales a favor de ciertos acreedores³⁶⁶. En efecto, en estos escenarios, si el bien que sale del patrimonio del deudor se utiliza para satisfacer o garantizar una deuda con un acreedor, habrá una disminución tanto de la masa activa como de la masa pasiva y por lo tanto, una compensación. En tales circunstancias, confirma esta parte de la doctrina que no existe propiamente un perjuicio para la masa activa pero sí una alteración de la paridad de trato entre los acreedores. Esto ha llevado a interpretar desde un punto de vista sistemático que la noción de perjuicio alcanza no solo a los actos que producen una lesión a la masa

subordinado. Así se dispone que: *“El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado”*; (iii) y por último puede comprobarse esto en el artículo 164.2.5º LC, que según veremos en el siguiente capítulo V, califica como culpable el concurso del deudor cuando hubiera habido una salida fraudulenta de bienes o derechos de su patrimonio durante el periodo sospechoso. El artículo establece expresamente que: *“En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...) 5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”*.

Sobre esto se han pronunciado varios autores, entre ellos, SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 91 y 92.

³⁶⁵ La exposición de las diversas interpretaciones puede verse en: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 94 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., pp. 1122 y ss.; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 50-53; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria*, cit., pp. 138 y ss.

³⁶⁶ Téngase en cuenta que de acuerdo con el artículo 71 LC, tanto los pagos anticipados como la constitución de garantías constituyen presunciones para el ejercicio de las acciones de reintegración concursal.

activa, sino también a los que ocasionan un trato discriminatorio entre los acreedores, esto es, una ruptura de la *par condicio creditorum*³⁶⁷.

³⁶⁷ Entre los defensores de una noción amplia de perjuicio, pueden destacarse los siguientes: MORALEJO MÉNDEZ, IGNACIO, *La reintegración en el Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición, 2014, pp. 135-142: “*el perjuicio se interpreta no tanto en términos de reintegración de la masa activa sino, antes bien, en términos de ordenación de la masa pasiva*”; ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, “Artículo 71. Acciones de reintegración”, cit., p. 942: “*el acto será rescindible no sólo cuando el patrimonio realizable del deudor disminuya o no se incremente como consecuencia de la realización u omisión de acto, sino también cuando dicho acto haya alterado injustificadamente las preferencias de cobro de los acreedores. Así, también existirá perjuicio para la masa cuando, aun existiendo equivalencia de prestaciones o, incluso, respondiendo a una previsión legal, el acto no haya respetado el principio de la par condicio creditorum. Y es que el hecho de que el deudor cumpla con lo que debe frente a un tercero puede implicar un trato de favor hacia éste y una reducción de la masa activa destinada a la satisfacción del conjunto de los acreedores concursales*”; LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, “Acciones de reintegración”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1307-1308: “*el perjuicio se ha de apreciar por referencia al conjunto de los acreedores –esto es, de la masa pasiva-, no al interés individual de un acreedores singular, a diferencia de lo que sucede en las acciones de impugnación de aplicación general. Se entiende así que existe perjuicio cuando el acto impugnado disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. En la apreciación de si ha habido o no daño, se debe atender al sacrificio patrimonial que deben soportar los acreedores concursales como consecuencia de la insolvencia del deudor*”; MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Aproximación al régimen de los efectos...”, cit., p. 4220.

Esta postura ha sido seguida por algunos Tribunales, entre otras sentencias puede destacarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 34/2011 (recurso núm. 369/2010), Roj. núm. 1765/2011, de 27 de enero de 2011, que establece que: “*Pero la noción de perjuicio comprende también aquellos actos o negocios que supongan un perjuicio patrimonial indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la masa de acreedores, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficio injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada. En este sentido el perjuicio que es presumido por la Ley en el apartado 2 (con carácter iuris et de iure) y en el apartado 3 (aquí iuris tantum) del art. 71 LC, que describen ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o la constitución de garantías reales para garantizar deudas preexistentes (además de presumir el perjuicio por actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado). Fuera de esos supuestos que describen los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, como*

Este argumento ha sido rebatido por la mayoría de los autores, que desde un punto de vista finalista o teleológico de la norma han concluido que si bien es cierto que el fundamento del instituto de la reintegración está orientado a la tutela de los acreedores, ésta no se instrumenta o materializa mediante una afección del perjuicio a la masa pasiva, sino a través de la protección de la masa activa. Se ha destacado a estos efectos que los supuestos alegados por la anterior doctrina no tienen otro significado que el procesal, pues únicamente se han definido con el fin de facilitar el ejercicio de la acción de rescisión concursal. Desde este punto de vista, solo podrá deducirse el carácter perjudicial del acto en la medida que éste produzca una lesión a la masa activa, bien porque así pueda probarse, bien porque lo presuma la Ley respecto de un determinado acto³⁶⁸.

ya hemos visto, el perjuicio a la masa activa, generado de forma indirecta por quebrantamiento del principio de paridad de trato, habrá de probar por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC), y no deriva, simplemente, de que el deudor haya atendido, en el periodo de antelación legal (dos años), algunas obligaciones y otras no”.

³⁶⁸ MARTÍN REYES, MARÍA DE LOS ÁNGELES, “El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, núm. 12, 2010, p. 168: “*de forma genérica, existirá perjuicio cuando haya una disminución efectiva del patrimonio que debe conformar la masa activa del concurso, o en definitiva, si como consecuencia del acto se desvaloriza el patrimonio objeto del procedimiento concursal, lo que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales*”; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., pp. 1137 y 1138: “*el resultado que deriva de este tipo de actos y que el legislador quiere hacer venir a menos no es la lesión de la regla de igualdad entre los acreedores, que necesariamente se va a producir, sino, antes bien, el hecho de tales actos provoquen un menoscabo a la masa activa*”; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 53: “*De las dos posiciones enunciadas parece más convincente la última, ya que el artículo 71 de la Ley Concursal habla efectivamente de actos que causen un perjuicio a la masa activa (no a los acreedores), y en consecuencia será irrelevante el daño que el acto en cuestión hubiera causado a un acreedor o a un conjunto de éstos, si al final la masa activa no queda afectada por tener el acto una contraprestación económica justificativa*”; ALCOVER GARAU, GUILLERMO, “Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal”, en GARCÍA VILLAVARDE, RAFAEL/ ALONSO UREBA, ALBERTO, PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, ed. Dilex, Madrid, 2003, p. 334; ESCRIBANO GAMIR, ROSARIO, “El perjuicio en la acción rescisoria concursal”, Anuario de Derecho concursal, núm. 10, 2017, p. 27.

A favor de la noción estricta del perjuicio se han pronunciado la mayoría de los Tribunales. Pueden verse, entre otras, las siguientes: Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 629/2012 (recurso núm. 672/2010), Roj. núm. 7265/2012,

En nuestra opinión, esta última interpretación parece ser la que más se adecúa al instituto de la reintegración concursal. Así, la jurisprudencia ha definido el perjuicio como un “sacrificio patrimonial injustificado” del deudor, cuyo acto habría derivado en “una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado”³⁶⁹. Ha manifestado también el Alto Tribunal que la

de 26 de octubre de 2012, en la que se manifiesta que: *“aunque el perjuicio guarda relación con el principio de paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles”*; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 2ª) (recurso núm. 69/2010), Roj. núm. 80/2011, de 25 de febrero de 2011, al disponer que: *“que el acto no sea gratuito no significa que por esa razón no sea perjudicial para la masa activa, que es el presupuesto objetivo de la acción rescisoria”*; Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), resolución núm. 137/2009 (recurso núm. 33/2009), Roj. núm. 558/2009, de 20 de marzo de 2009: *“No obstante, como regla general, hay que entender que habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestra que si no se hubiera producido el acto que se pretende impugnar la composición de la masa activa tendría un mayor valor, bien en particular, bien en general. Habrá un perjuicio particular si el acto en concreto implica una disminución en el patrimonio del deudor, lo que básicamente puede suceder si el acto es gratuito o si la prestación del deudor tiene un mayor valor que la contraprestación que recibe la contraparte. Mientras que habrá perjuicio general si el bien que sale del patrimonio del deudor impide el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor, o impide o dificulta que se pueda alcanzar un convenio, o determina que los bienes que quedan por liquidar tengan un valor menor. Debe tenerse en cuenta que el principio rector de todas las actuaciones del concurso, al que la Ley Concursal se refiere en múltiples ocasiones, es el ‘interés del concurso’, entendido como maximización de los activos con que hacer pago a los acreedores. Por tanto, habrá perjuicio determinante de la reintegración cuando el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa”*.

³⁶⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 58/2009 (recurso núm. 607/2008), Roj. núm. 1485/2009, de 6 de febrero de 2009, introdujo por primera vez el concepto de “sacrificio patrimonial injustificado”: *“(e)l perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor*

rescisión del acto puede quedar legitimada, excepcionalmente, por la ruptura del principio de paridad de trato de los acreedores en supuestos en los que el acto, incluso si se refiere a un pago debido, hubiera tenido lugar en circunstancias excepcionales, como pudiera ser su realización en una situación de insolvencia o en una situación próxima a la declaración de concurso, o entre personas especialmente relacionadas³⁷⁰, tal y como ocurre en el escenario de nuestro supuesto de hecho.

patrimonial equivalente. Y, además, es preciso que dicho sacrificio carezca de justificación”; El Alto Tribunal se refiere a la noción de “sacrificio patrimonial injustificado” por primera vez en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 622/2010 (recurso núm. 10/2007), Roj. núm. 5329/2010, de 27 de octubre: “*Es evidente que la venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado. Las circunstancias concurrentes no solo no justifican la venta, sino que incluso explican el porqué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficiosa para la sociedad compradora*”; Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 629/2012 (recurso núm. 672/2010), Roj. núm. 7265/2012, de 26 de octubre de 2012, cit., continua señalando que: “*El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación*”.

³⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 340/2015 (recurso núm. 1608/2013), Roj. núm. 2974/2015, de 24 de junio de 2015: “*en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum*”; Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 487/2013 (recurso núm. 440/2011), Roj. núm. 4178/2013, de 10 de julio de 2013: “*Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada. El socio-administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de*

Finalmente, nos queda por hacer dos últimas observaciones: en primer lugar que el perjuicio ha de valorarse, por norma general y a salvedad de ciertas excepciones, en el momento temporal en que tuvo lugar el acto y no en la fecha de la reintegración³⁷¹; y en segundo lugar, que su valoración ha de ser unitaria, esto es, hay que analizar todos los elementos que intervinieron y justificaron la realización del mismo³⁷².

2.4. La prueba general de la perjudicialidad del acto y las presunciones absolutas y relativas de perjuicio.

Como regla general, la administración concursal y subsidiariamente los acreedores están legitimados para probar ante el juez del concurso no solo la existencia de un acto de disposición por parte del deudor, sino también el carácter perjudicial del mismo para la masa activa (art. 71.4 en relación al art. 72 LC)³⁷³. No obstante, con

las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobrepasado en el pago de sus obligaciones exigibles”.

³⁷¹ SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 53; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., p. 1141- 1143; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 106: “*el momento temporal relevante para establecer el perjuicio ha de ser el de la realización del acto impugnado, prescindiendo de las circunstancias posteriores que hubieran podido incrementar el valor del bien o derecho objeto de disposición o que hubieran podido alterar la posición del acreedor que fue modificada con el acto impugnado*”.

³⁷² SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 54.

³⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 629/2012 (recurso núm. 672/2010), Roj. núm. 7265/2012, de 26 de octubre de 2012: “*La falta de justificación subyace en los casos en los que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio*

el propósito de facilitar la justificación del perjuicio, el legislador ha enumerado una serie de actos que lo presumen, algunos con carácter absoluto y otros con carácter relativo.

Así, en el caso de las presunciones de perjuicio absolutas, del tipo *iure et de iure*, la administración concursal o los acreedores han de probar la existencia del acto y su vinculación a alguno de los supuestos legales enunciados en el apartado 2 del artículo 71. Es decir, han de justificar que se trata de un acto de disposición realizado a título gratuito o de un pago anticipado que no cuenta con garantía real. Una vez acreditado esto, la presunción de perjudicialidad del acto no admite prueba en contrario³⁷⁴.

En el caso de las presunciones relativas, también denominadas *iuris tantum*, la administración concursal o los acreedores han de probar que concurre alguno de los supuestos enunciados en el apartado 3 del artículo 71. Es decir, que se trata de un acto dispositivo realizado a título oneroso a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor, que se constituyó una garantía real a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de

previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa”.

³⁷⁴ Artículo 71.2 LC: *“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 fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente”.*

Puede verse: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 124-144; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 62-68; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., p. 1145-1149.

En la jurisprudencia, aunque son numerosas y algunas muy recientes, por su claridad expositiva conviene destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 791/2010 (recurso núm. 824/2007), Roj. núm. 7163/2010, de 13 de diciembre de 2010: *“(…) la norma de este precepto es clara dado que en los supuestos que prevé presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario, lo que supone una disposición legal concluyente –en cierta terminología doctrinal una presunción “iuris et de iure”, o presunción impropia-, en cualquier caso el planteamiento del motivo es artificioso”.*

aquéllas, o que se efectuó un pago anticipado que contaba con garantía real³⁷⁵. La diferencia de estas presunciones con respecto a las anteriores es que en las presentes, se traslada al deudor y a la contraparte del acto la carga de la prueba, de modo que deberán justificar que el acto acreditado por la parte instante no ha ocasionado un perjuicio para la masa activa.

2.5. Periodo sospechoso de dos años y ausencia de vinculación entre el acto perjudicial y la insolvencia del deudor.

Tal y como hemos venido haciendo referencia a lo largo del capítulo, otra de las condiciones legalmente previstas para que proceda el ejercicio de la acción de rescisión concursal es que el acto perjudicial para la masa activa haya tenido lugar en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. Se trata de un plazo único, bastante amplio y prudencial que permite enlazar el momento de la realización del acto con el perjuicio que el mismo ocasiona en la masa activa del deudor, una vez declarado su concurso³⁷⁶. La fijación de este plazo único se

³⁷⁵ Artículo 71.3 LC: “*Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*”.

Pueden verse: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 144-162; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 68-79; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., p. 1149-1153.

³⁷⁶ La mayoría de los autores se han mostrado partidarios de la determinación de este plazo: MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Aproximación al régimen de los efectos...”, cit., p. 354; LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, “Acciones de reintegración”, cit., p. 1306; GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, “Acciones de reintegración”, p. 849; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, “Concurso y rescisión”, cit., pp. 40 y 41; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 109 y ss.; GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., pp. 1118-1122.

Otros autores, sin embargo, han criticado la predeterminación legal del plazo para ejercer la acción rescisoria concursal, al manifestar que la fijación de un plazo común a todos los casos puede dejar indemnes ciertos actos lesivos para el concursos que tuvieron lugar

entiende o explica por razones de seguridad jurídica; dejar la determinación del periodo sospechoso al arbitrio del juez en atención a las circunstancias de cada caso conlleva el riesgo de que éste acabe siendo excesivamente alargado, además de poder afectar de forma negativa en el tráfico³⁷⁷. En efecto, la ausencia de un plazo concreto podría llevar a la indeseable consecuencia de que el deudor dejase de recibir apoyo financiero de terceros, ante la previsión de estos últimos de que las garantías constituidas a su favor u otras contraprestaciones ya efectuadas, pudieran ser rescindidas si el juez así lo decidiera³⁷⁸.

fuera de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Véase: RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, *Reintegración y concurso de acreedores*, ed. Dilex, Madrid, 2005, pp. 89 y 90.

Esta última tesis ha sido asimismo rebatida por los autores que están a favor de la fijación del plazo. Así puede verse: GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., pp. 1119, que establece que: *“La crítica a la que nos referimos obedece a la finalidad de permitir adecuar la duración del período en que es posible la reintegración a las particularidades que rodeen cada concreto concurso, a fin de evitar que la fijación de un único plazo pudiera tener como resultado la escapatoria de actos cuya impugnación, dado su carácter lesivo, pudiera ser más evidente. Sin embargo, me parece que esta finalidad puede no hacerse venir a menos si se tiene presente la perfecta compatibilidad del sistema de reintegración diseñado en la LC con otras acciones. En efecto, el ejercicio de la acción ex artículo 71.1 LC no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (cfr. Art. 71.6 LC). Con el juego de estas otras acciones generales de impugnación (ad ex., art. 1111 C.c.) podría darse cobertura a aquellos supuestos que quedarán al margen del sistema de reintegración por razón de la fecha en que se hubieran celebrado tales actos”*.

³⁷⁷ SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, “Concurso y rescisión”, cit., p. 41: *“Esta regla va a evitar que dichas acciones no tengan plazo de caducidad alguno y puedan ejercerse en cualquier momento contra los actos realizados por el deudor. Solo los actos ejecutados en los dos últimos años pueden ser objeto de la rescisión concursal”*. En el mismo sentido se han pronunciado SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 110 y 111; y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., pp. 1118 y ss. Estos dos autores han destacado que la predeterminación del plazo para que proceda la rescisión concursal supone una superación del antiguo régimen de retroacción establecido en los Códigos de Comercio, cuya arbitrariedad demostró una ruptura del principio de seguridad jurídica.

³⁷⁸ GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., p. 1120: *“Los terceros que confiaron en la capacidad y regularidad del proceder del futuro concursado se verán, no obstante tales circunstancias, afectados sorpresivamente por una declaración posterior al acto que se impugna. Por ello se entenderá la, al menos, conveniencia de fijar un concreto período que resulte ser un mecanismo de protección de los terceros que se hubieran relacionado con quien posteriormente fuera declarado en concurso”*.

Resulta oportuno realizar una última observación: el periodo de dos años no se identifica o coincide necesariamente con un periodo de insolvencia. Es decir, no se exige para que opere la rescisión concursal que el acto patrimonial hubiera generado o agravado la insolvencia³⁷⁹.

IV. La rescisión concursal y el *cash pooling*.

Considerados los aspectos que con mayor relieve explican y configuran las acciones de rescisión concursal, pasamos a examinar a continuación su procedencia respecto de los flujos de tesorería realizados en virtud de un contrato de *cash pooling*.

Conviene aclarar antes de nada que basaremos nuestro estudio en la presunción de perjuicio *iuris tantum* relativa a los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada (ex. art. 71.3.1º LC), debido a la indudable cercanía que este supuesto de perjudicialidad presenta con determinadas operaciones que forman parte del funcionamiento natural o habitual de un sistema de *cash pooling*.

Una vez hayamos acreditado que la presunción de perjuicio se encuentra legalmente admitida en tales operaciones, nuestro siguiente paso consistirá en

³⁷⁹ LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, “Acciones de reintegración”, cit., p. 1306; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, “Concurso y rescisión”, cit., pp. 41; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 93.

Así se ha pronunciado también el Alto Tribunal por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 428/2014 (recurso núm. 2912/2012), Roj. núm. 3566/2014, de 24 de julio de 2014: “*hemos de reiterar que para que un acto de disposición del deudor, en este caso un acuerdo de reparto de dividendos adoptado por la junta de accionistas, sea perjudicial para la masa activa ni es necesario que haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, ni tampoco que cuando se realizó la sociedad ya estuviera en insolvencia. Lo único que exige el art. 71 LC es que se hubiera realizado dentro del periodo legal de dos años antes de la declaración de concurso de acreedores y que sea perjudicial para la masa activa, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre el perjuicio, antes expuesto*”.

comprobar si en el ámbito de un *cash pooling* ordenadamente llevado, precisamente por la causa o mecánica de funcionamiento propia del contrato, sería posible “justificar” el perjuicio que el acto de disposición ha ocasionado en el patrimonio del deudor, a fin de evitar la procedencia de la acción rescisoria.

1. Los actos de disposición objeto de rescisión concursal.

1.1. Flujos de tesorería ascendentes y descendentes: préstamos, reembolso de préstamos y pago de intereses.

En virtud del artículo 71.3.1º en relación con el artículo 93.2.3º de la Ley Concursal, todos los flujos financieros que la sociedad concursada realice a favor de la sociedad *pooler* durante el periodo sospechoso, en tanto constituyen actos dispositivos realizados a título oneroso y se producen en el interior del grupo a favor de una persona especialmente relacionada, deberán entenderse perjudiciales para la masa activa y en consecuencia, rescindibles. Repárese en que esta presunción alcanza no solo a los préstamos realizados a favor de la sociedad *pooler*, sino también a la devolución de préstamos previamente otorgados por ésta última junto con los correspondientes intereses.

a) Reembolso de préstamo “societario” sustitutivo de capital social.

Como hemos señalado, la acción de rescisión concursal alcanza no solo a los préstamos realizados a la sociedad *pooler*, sino también al reembolso de los previamente concedidos por ésta última. En este sentido, nos parece adecuado valorar el perjuicio que puede comportar el reembolso de un préstamo “societario” sustitutivo de capital social. Como sabemos, este tipo de financiación no responde a un desarrollo normal de un sistema de *cash pooling*, sino más bien a uno anómalo o patológico; pese a ello, creemos que puede contribuir notablemente al estudio conocer las causas que han llevado a nuestros Tribunales a ejercer la acción de rescisión concursal sobre el referido acto en el particular escenario de un grupo de sociedades con estructura de *cash pooling*.

Antes de nada, conviene recordar que las transferencias de liquidez realizadas por la sociedad *pooler* a una sociedad filial que se encuentra atravesando una situación de infracapitalización nominal no pueden calificarse como capital social, sino que en la medida que se trata de préstamos realizados en beneficio de una persona vinculada, han de calificarse como créditos subordinados³⁸⁰. Esto significa que la sociedad prestataria no los podrá reembolsar al socio prestamista sino hasta haber satisfecho los créditos que tuviera pendientes con los demás acreedores, en consonancia con el orden de prelación de cobros previsto para el proceso concursal.

En este contexto, el Alto Tribunal ha manifestado que el reembolso de tales créditos “societarios” al socio dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso de la sociedad, salvo prueba en contrario, supone un perjuicio para la masa activa, incluso si el acto comporta una correlativa disminución del pasivo. De este modo, se ha admitido en estas circunstancias el ejercicio de la acción rescisoria, en virtud del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal³⁸¹.

³⁸⁰ Esta consideración, no obstante, debe matizarse en caso de que el concurso de acreedores de la sociedad se hubiese declarado dentro de los dos años siguientes a la declaración del actual estado de alarma. En efecto, ante esta situación, se ha aprobado mediante Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que en tales circunstancias, los créditos entre personas especialmente relacionadas no tendrán la consideración de subordinados sino de ordinarios o contra la masa, según las circunstancias.

³⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 487/2013 (recurso núm. 440/2011), Roj. núm. 4178/2013, de 10 de julio de 2013: *“Debe tenerse en cuenta que por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo “societario”, sustitutivo del capital social. Se trata de un préstamo de carácter societario en tanto que realizado por el socio mayoritario y administrador único, lo que le permite controlar el destino de los fondos suministrados. Ha sido concedido en condiciones diferentes a lo que sería una financiación por terceros típica, en tanto que no está documentado en alguna de las formas habituales en el tráfico económico, no consta si es remunerado, ha sido concedido por un tiempo indefinido (“cobrar cuando se pudiera”). En casos como este, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros. Si la aportación*

Este mismo escenario se ha observado en nuestra jurisprudencia en el particular entorno de un sistema de *cash pooling*. En la sentencia que venimos a exponer³⁸², la sociedad concursada pertenece a un grupo cuya matriz es propietaria al 100% de su capital. El administrador único de dicha filial es asimismo el presidente del consejo de administración de la matriz. Entre ambas partes consta la existencia de un contrato de *cash pooling* firmado por el administrador común de ambas, en virtud del cual se establece que las sociedades del grupo podrán recibir crédito de la caja común cuando lo requieran, hasta una cantidad máxima predeterminada.

En este contexto, la referida sociedad filial, dentro de los dos años anteriores a su declaración de concurso, procedió a la compra de una finca, pero al no contar con los recursos propios suficientes para pagar la parte del precio no financiada por las entidades de crédito, hizo uso de los servicios del *cash pooling*, de modo que dispuso de los fondos reunidos por las demás sociedades del grupo en la caja

de capital a la sociedad por parte de los socios, en una cantidad suficiente para desenvolver su actividad, se hubiera realizado en la forma típica prevista en la normativa societaria, como es la aportación inicial o la ampliación de capital social, el patrimonio así obtenido no hubiera podido ser reembolsado a los socios en detrimento de los acreedores sociales, frente a los cuales tal patrimonio desempeña una función de garantía. La sustitución del capital social por préstamos societarios realizados por los socios de referencia supone en tales circunstancias un desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores. No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores. (...) Es por ello que el reembolso de estas aportaciones a los socios con una participación significativa o a los administradores (aquí se reúnen las dos cualidades) en el periodo anterior a la declaración de concurso haya de ser considerado, salvo prueba en contrario, que aquí no ha existido, como un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo. Tal pago debía haberse sujeto al orden de preferencias propio del proceso concursal, en que ostenta la calificación de crédito subordinado”.

A esta cuestión se ha referido también: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 203-206.

³⁸² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 7ª), (recurso núm. 160/2017), Roj. 3267/2018, de 24 de junio de 2018.

común. Seguidamente, la ausencia de liquidez así como los pésimos resultados obtenidos en los últimos ejercicios, le obligaron a recurrir de nuevo a la cuenta centralizadora, a fin de poder desarrollar su actividad empresarial. Al cabo de un tiempo, la sociedad filial acordó la venta del inmueble indicado y traspasó las cantidades obtenidas a la cuenta de su administrador único, con el fin de que fueran a su vez transferidas a las cuentas de las sociedades del grupo que lo requirieran, como parte del sistema de *cash pooling*³⁸³. No obstante, en sede del proceso concursal no se logró probar que los flujos de tesorería recibidos por la sociedad filial concursada trajeran causa del contrato de *cash pooling*, ni tampoco que tales cantidades fueran destinadas a la compraventa de la indicada finca. De hecho, tampoco pudo comprobarse que la cantidad procedente de la venta de la finca transferida por la sociedad filial concursada a su administrador único fuese posteriormente trasladado a las demás sociedades del grupo que lo requiriesen.

En ausencia de tales pruebas, el juez del concurso, apoyándose en los argumentos empleados por el Tribunal Supremo en la sentencia referida al inicio de este epígrafe, vino a identificar los fondos obtenidos por la sociedad filial en concurso como un crédito societario sustitutivo de capital y por tanto, como un crédito subordinado, de modo que la restitución de este crédito al socio, contradiciendo las regla de orden de prelación en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, se estimó perjudicial para la masa activa y para la *par condicio creditorum*, y en consecuencia, rescindible. Se dispone en la sentencia que podría haberse justificado el perjuicio y por lo tanto, haberse excluido el ejercicio

³⁸³ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 7ª), (recurso núm. 160/2017), Roj. 3267/2018, de 24 de junio de 2018, el socio y administrador único de la sociedad filial en concurso alega en su defensa que tales transferencias quedan justificadas en virtud del contrato de *cash pooling*, y en relación con la concreta transferencia realizada por la sociedad filial concursada al administrador único tras la venta del inmueble refiere lo siguiente: *“La transferencia realizada a la cuenta de mi mandante se justifica por ser igualmente parte del contrato de Cash Pooling, junto a diversas sociedades del Grupo CPI, del que, recordemos, él era el último titular. Como se ha explicado, la gestión centralizada de los flujos de caja de las sociedades que componen el Grupo CPI, tiene como finalidad que cuando una sociedad dispone de exceso de liquidez, como era el caso de Global Arctos tras la venta, lo ponga a disposición de las demás sociedades del Grupo CPI que lo precisen o bien que restituya las cantidades percibidas”*.

de la acción de rescisión concursal, en el caso de haber existido prueba de que las referidas transferencias fueron consecuencia de un contrato de *cash pooling*³⁸⁴. Esta observación es importante y nos referiremos a ella más adelante.

En resumen, el reembolso de un préstamo “societario” sustitutivo de capital social al socio, salvo prueba en contrario, quedará afectado por la acción de rescisión concursal.

1.2. Garantías contextuales sobre deuda ajena.

Otro de los actos de disposición que puede ser objeto de rescisión concursal en el ámbito de nuestro supuesto de hecho se concreta en la garantía prestada de manera conjunta por las empresas del grupo a favor de la sociedad *pooler* para garantizar la deuda que alguna o algunas de aquellas puedan tener con esta última. Para comprender esto, resulta fundamental revisar algunas de las consideraciones que se han efectuado en torno a las garantías contextuales o intragrupo sobre deuda ajena.

En este sentido, el Alto Tribunal ha resuelto una larga polémica generada en torno a la rescindibilidad de las referidas garantías, afirmando a estos efectos que se trata de actos de disposición que suponen un sacrificio injustificado para el patrimonio del garante. De este modo, una vez declarado el concurso de acreedores de la sociedad garante, la garantía contextual constituida dentro de los

³⁸⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 7ª), (recurso núm. 160/2017), Roj. 3267/2018, de 24 de junio de 2018: *“En este caso, podría no apreciarse perjuicio injustificado si se hubiere probado la existencia de los préstamos e ingreso de cantidades en las cuentas de GLOBAL ARCTOS, S.L. derivados del referido contrato de “cash pooling” o de préstamos intra-grupo. Y que esas cantidades se hubieran destinado a la adquisición del edificio de Serrano 240 o a su explotación. Pero la prueba aportada por la demandada no es suficiente para acreditar dicha circunstancia. Estaríamos, pues, tal y como dice la transcrita sentencia, ante una mera alteración de la par condicio”*.

dos años anteriores al auto que lo declara, se entenderá perjudicial para la masa activa y en consecuencia, podrá ser objeto de rescisión concursal³⁸⁵.

Se ha debatido asimismo si las garantías contextuales o intragrupo tienen naturaleza gratuita u onerosa. A estos efectos, baste apuntar que con carácter general se ha venido identificando el carácter gratuito del acto de disposición con la ausencia de una contraprestación, ventaja o beneficio patrimonial que justifique la prestación de una garantía por deuda ajena; y el carácter oneroso con la presencia de una contraprestación equivalente a la salida de un bien del patrimonio del garante³⁸⁶.

De este modo, se ha admitido en la doctrina jurisprudencial que la garantía contextual prestada de forma coetánea al crédito garantizado se concibe como un acto realizado a título oneroso³⁸⁷, que habría de incardinarse en la presunción *iuris*

³⁸⁵ Se han referido en particular al tema de la rescisión concursal de las garantías contextuales o intragrupo algunos autores, entre los que pueden destacarse los siguientes: GÓMEZ ASENSIO, CARLOS, “Las garantías contextuales: rescisión y grupos societario”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, 2015, pp. 123-146; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 179 y ss.; GIRARDO PERANDONES, PABLO, “La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, 2018, pp. 89-112; FACHAL NOGUER, NURIA, *Las interferencias del Derecho concursal en la regulación societaria. Capitalización de créditos, grupos de sociedades y rescisión de operaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 146 y ss.

³⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014: “*En la sentencia núm. 487/2013, de 10 de julio, afirmamos que en la distinción entre “actos de disposición a título gratuito” (art. 71.2 de la Ley Concursal) y los “actos dispositivos a título oneroso” (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la Ley Concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un “tertium genus”, un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría. La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía.*”

³⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014: “*Salvo*

tantum del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal, por pertenecer la empresa beneficiaria y la empresa garante al mismo grupo de sociedades³⁸⁸. Téngase presente, no obstante, que de acuerdo con recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, el carácter oneroso de la garantía contextual puede desdibujarse o descartarse en supuestos en los que ésta se ha prestado, por ejemplo, de manera espontánea. En estas circunstancias, podría deducirse que ha sido concedida a título gratuito, siéndole aplicable en consecuencia la presunción de perjuicio *iure et de iure*, ex. art. 71.2 de la Ley³⁸⁹.

prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva 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 correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero”.

³⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014: *“Por tanto, la presunción de perjuicio patrimonial del art. 71.3.1º LC se aplica a la garantía constituida para garantizar, valga la redundancia, la obligación contraída por una sociedad perteneciente al mismo grupo de sociedades que la garante, puesto que se trata de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el garante declarado posteriormente en concurso, en la medida en que recibe el crédito (art. 93.2.3º LC)”.*

³⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 213/2017 (recurso núm. 1836/2014), Roj. núm. 1223/2017, de 31 de marzo de 2017: *“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”.*

Con anterioridad a la indicada sentencia, varias Audiencias Provinciales se pronunciaron en contra de la consideración absoluta y en todo caso de las garantías contextuales como garantías a título oneroso. Véanse a este respecto las siguientes sentencias: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 289/2011 (recurso núm. 91/2011), Roj. núm. 8914/2011, de 4 de julio de 2011: *“El mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y los deudores garantizados no es, por sí misma, razón por la que deba considerarse que el acto no es gratuito y no resulte de aplicación la presunción *iure et de iure* de perjuicio del art. 71.2 LC. Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto. Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre las que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo. Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes*

En coherencia con todo lo anterior, resulta fundamental comprobar si la garantía contextual o intragrupo prestada en el ámbito de un contrato de *cash pooling* tiene carácter oneroso o gratuito.

Conviene recordar que en el ámbito de nuestro supuesto de hecho, las sociedades filiales, con los flujos de tesorería ascendentes realizados de manera periódica a la sociedad *pooler*, vienen a garantizar, como ya hemos mencionado, la deuda que alguna o algunas de ellas tengan con esta última. En contrapartida, las sociedades garantes obtienen de la sociedad *pooler* un beneficio directo. Este modo de proceder deviene beneficioso para ambas partes. La constitución de la garantía contextual resulta beneficiosa para la sociedad deudora, que con la obtención de crédito favorece su posición, al tiempo que resulta ventajosa para la sociedad garante, que verá incrementada la calidad del crédito, ya que en caso de no recibir la contraprestación debida, podrá dirigirse no solo contra la sociedad *pooler*, sino “*erga omnes*” contra todas las demás sociedades del grupo ³⁹⁰.

Todo ello nos lleva a considerar que la garantía contextual conjuntamente prestada por las empresas del grupo en virtud de un contrato de *cash pooling* para asegurar o garantizar deuda ajena tiene carácter oneroso, por haber sido constituida de

dentro del grupo de sociedades, pueda concluirse que una operación que aparentemente es gratuita no lo sea en realidad, porque existe un interés económico por parte de quien lo realiza que la explica, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar la operación, en sí misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC”; en el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª), resolución núm. 465/2012 (recurso núm. 317/2012), Roj. núm. 2479/2012, de 2 de noviembre de 2012.

³⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014: “*Resulta favorecido por la constitución de la garantía el acreedor, pues aumenta la calidad de su crédito al poder dirigirse contra otro patrimonio, en la fianza personal, o contra bienes ajenos al deudor mediante un procedimiento de ejecución, con posibilidad de persecución “erga omnes” [frente a todos] y preferencia para el cobro del crédito garantizado, en la garantía real. Pero también resulta favorecido el deudor principal, puesto que la constitución coetánea de esa garantía posibilita la concesión de crédito y favorece su posición*”.

forma coetánea al crédito que se garantiza y por ir acompañada de una contraprestación. En todo caso, el hecho de que la garantía contextual tenga carácter oneroso no impide que pueda ser objeto de rescisión ante la declaración de concurso de la sociedad garante, pues como ha podido apreciarse, se trata de un acto de disposición realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor (art. 71.3.1º en relación con el art. 93.2.3º LC) que se configura como una presunción de perjuicio relativa que admite prueba en contrario ³⁹¹.

1.3. La ampliación de capital por compensación de créditos. Sus particularidades en sede de un acuerdo de refinanciación.

También hemos de reflexionar acerca de la procedencia de la acción de rescisión concursal respecto a las operaciones de ampliación de capital por compensación de créditos. La respuesta merece necesariamente un examen o valoración distinta según si la operación tiene o no lugar en sede de un acuerdo de refinanciación.

En este sentido, iniciaremos la exposición considerando un supuesto en que la conversión de créditos en capital tenga lugar en el contexto de un acuerdo de refinanciación. Pero antes de seguir, parece adecuado apuntar, aun brevemente, que la finalidad de este acuerdo reside en remover el estado de insolvencia de un deudor, de forma que en su virtud, un acreedor pueda convenir con su deudor una serie de medidas para reestructurar su deuda³⁹².

³⁹¹ Esto es así salvo que la garantía contextual se hubiera prestado en sede de un acuerdo de refinanciación. La operación, en estas circunstancias, quedaría protegida frente a la acción rescisoria, caso de cumplirse los requisitos del artículo 71 bis de la Ley concursal o procederse a la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación.

³⁹² Sobre la incidencia de la rescisión concursal sobre los acuerdos de refinanciación, puede verse: SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 99 y ss.; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria...*, cit., pp. 79 y ss.; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 262 y ss.: “*La refinanciación supone, ordinariamente, una novación de las obligaciones preexistentes, en cuanto que se modifican los términos o condiciones de su exigibilidad, ordinariamente mediante la concesión de un nuevo término, la amortización de una parte de la deuda con una dación en pago, o la condonación parcial de la deuda, junto con una ampliación significativa del crédito. Lo que permite remover o eludir la situación de insolvencia*”.

Anotado esto, ya podemos retomar el supuesto de hecho y señalar que es común en el ámbito de un contrato de *cash pooling* que los fondos recibidos por la sociedad *pooler* por parte de una sociedad filial se destinen a cubrir las necesidades financieras de otra sociedad del grupo. Puede ocurrir que ésta última, por estar atravesando importantes dificultades económicas, no esté en condiciones de hacer frente al mencionado crédito que mantiene ahora con la sociedad *pooler*. Dadas las circunstancias, es frecuente que la sociedad *pooler*, identificada con la matriz del grupo, como medida de saneamiento o refinanciación, acceda a la capitalización de dicha deuda a través del mecanismo consistente en la ampliación de capital por compensación de créditos (art. 301 LSC). Ello puede resultar beneficioso para la sociedad *pooler*, que al suscribir acciones o participaciones en la sociedad deudora reforzará su posición de dominio en ella, a no ser que previamente ya reuniese la condición de accionista único; al tiempo que resultará claramente ventajoso para la sociedad filial deudora, que habrá convertido un crédito que le era exigible en capital propio³⁹³. Obsérvese que lo particular de la operación es que el socio suscriptor extingue la obligación de desembolso de las participaciones o acciones suscritas a través del mecanismo de la compensación de créditos, lo que provocará una modificación contable³⁹⁴ en la cuenta centralizadora de *cash pooling*, que dejará de mostrar un saldo pasivo a cargo de la sociedad. Téngase en cuenta, no obstante, que el acuerdo de ampliación de capital por compensación de créditos es un contrato bilateral y sinalagmático concluido entre la sociedad *pooler* y la sociedad filial referida. Esta operación, como vemos, no exime a la sociedad *pooler* de la obligación que tiene frente a la sociedad

³⁹³ Sobre las ventajas de las partes en el acuerdo de aumento de capital por compensación de créditos, véase: FACHAL NOGUER, NURIA, *Las interferencias del Derecho concursal...*, cit., p. 94: “El recurso a la conversión de créditos en capital en sociedades que pasan por dificultades financieras es frecuentemente utilizado para capitalizar las cuentas de pasivo en las que se imputan los recursos económicos aportados por sociedades del grupo a cuentas bancarias centralizadas que gestiona normalmente la sociedad matriz. Se trata de una herramienta de gestión centralizada de tesorería conocida como *cash pooling* en el que el crédito de la sociedad aportante al pool puede ser objeto de capitalización mediante la modalidad de un aumento de capital por compensación de créditos...”.

³⁹⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, “Lección: el aumento de capital por compensación de créditos”, en Almacén de Derecho, 8 de marzo de 2017, <https://almacenederecho.org/leccion-aumento-capital-compensacion-creditos/>.

prestamista, pues a ésta última en nada le benefician las ventajas derivadas de aquella.

Este escenario se presenta particularmente relevante en el supuesto de que la operación hubiera tenido lugar durante los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso de la sociedad filial refinanciada. Debe tenerse presente que en efecto, cabe la posibilidad de que el acuerdo de refinanciación celebrado entre las partes resulte más tarde frustrado por los socios, o bien no surta los efectos de viabilidad empresarial esperados, de modo que la sociedad capitalizada fuera declarada en concurso de acreedores dentro de los dos años siguientes a la adopción del acuerdo. En estas circunstancias, el acuerdo de refinanciación alcanzado por la sociedad filial, en tanto se cumplan las condiciones del artículo 71 bis de la Ley concursal o hubiera sido homologado judicialmente en virtud de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, quedará necesariamente protegido frente a la acción de rescisión concursal ³⁹⁵.

³⁹⁵ El legislador, en aras de una mayor seguridad jurídica, ha querido proteger determinados acuerdos de refinanciación de la acción de rescisión concursal, a fin de asegurar a los acreedores de la sociedad refinanciada (y concursada) que las garantías prestadas a su favor no se volverán ineficaces. Lo ha hecho por medio de tres canales diferentes: el artículo 71.bis.1, el artículo 71.bis.2 y el apartado 13 de la Disposición adicional cuarta. No obstante, téngase en cuenta que la Disposición adicional cuarta, que prevé la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, ha sido recientemente derogada, con efectos de 1 de septiembre de 2020, por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

Al respecto de los referidos canales de protección, véase: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 262 y ss.; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Artículo 71 bis. Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 953-985; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La reintegración en el concurso...”, cit., pp. 1155 y 1156: “*Ahora bien, el mero hecho de que el supuesto de hecho se califique o pueda calificarse, en razón de su contenido y finalidad, como acuerdo de refinanciación (homologado o no) no supone necesariamente que quede a salvo de la posibilidad del ejercicio de la acción rescisoria, pues tal efecto se reserva para aquellos supuestos que vengan a satisfacer los requisitos sancionados, según los casos, por los citados artículo 71 bis y Disposición Adicional 4 LC*”; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 99.108; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria...*, cit., pp. 79 y ss.

De acuerdo con el artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal, se requiere para que opere la irrevocabilidad del acuerdo de refinanciación, así como de los negocios, actos, pagos o garantías constituidas en ejecución de los mismos que supongan una ampliación significativa del crédito o el aplazamiento de una deuda; respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo; se suscriba por acreedores que representen al menos tres quintos del pasivo del deudor, y en el concreto ámbito de un grupo de sociedades, por un porcentaje de acreedores calculado tanto de manera individual, en relación con las sociedades afectadas, como de forma consolidada, en relación con los créditos del grupo, excluyendo del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo; se formalice en instrumento público. Puede verse en este sentido: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 276-279; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Artículo 71 bis. Acciones de reintegración”, cit., pp. 958-978.

El plan de viabilidad requerido ha de ser razonable y realizable, de modo que a fin de valorar si el acto de disposición que resulta del acuerdo de refinanciación lo es, ha de tenerse presente no solo el propio acto, sino el conjunto de circunstancias relacionadas con las posibilidades de negocio, las expectativas de viabilidad empresarial, etc. que concurrían en el momento en que se acordó la operación. Cumpliéndose tales condiciones, no operará la acción de rescisión concursal. Así se señala en el apartado 4 del artículo 71 bis, cuando establece que: *“Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad,…”*.

En el artículo 71. bis. 2 de la Ley Concursal se enumeran otra serie de parámetros financieros que de concurrir en el acuerdo de refinanciación, justificarán la exclusión de la acción de rescisión concursal sin necesidad de que el pasivo del deudor refinanciado haya sido suscrito por un porcentaje determinado, al entenderse que esta exigencia se ve compensada con “una mejora clara de la posición patrimonial del deudor”. Así, se requiere que con el acuerdo de refinanciación se incremente la proporción del activo sobre el pasivo previo, es decir, se dé lugar a un incremento del patrimonio neto; que de ello resulte un activo corriente superior o igual al pasivo corriente que permita un fondo de maniobra positivo; y que el valor de las garantías resultantes o el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente del acuerdo de refinanciación a favor de los acreedores intervinientes no exceda de ciertos umbrales. Así se dispone en el Preámbulo IV del Real Decreto- Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial: *“En el apartado 2 del artículo 71 bis se introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo, constituyéndose en consecuencia un puerto seguro que permita la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la posición patrimonial del deudor, es decir, que no conlleven una merma de los derechos del resto de acreedores no intervinientes”*; y en el artículo 71 bis. 2 LC: *“c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el*

Supuesto distinto sería que la operación de aumento de capital por compensación de créditos hubiera tenido lugar en un contexto ajeno al de la refinanciación. En este caso, toda vez que la operación se realiza en circunstancias ajenas a la refinanciación, no resulta cuestionable la procedencia del artículo 71 bis; su inaplicación es evidente. Habría que reconocer por tanto, que la operación de ampliación de capital por compensación de créditos, en la medida que constituye un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada, en virtud del artículo 71.3.1º de la Ley concursal, se presume perjudicial para la masa activa y por lo tanto, puede ser objeto de rescisión concursal.

*definido en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta. d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa". Puede verse en este sentido: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 279-282; PULGAR EZQUERRA, JUANA, "Artículo 71 bis. Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación", cit., pp. 978-982.*

El cumplimiento de tales condiciones puede lograrse, como hemos señalado arriba, a través de la capitalización de créditos. Véase: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 280 y 281: "*La primera de ellas (de las condiciones) es que con el acuerdo de refinanciación se incremente la proporción del activo sobre el pasivo respecto de la situación anterior. Esto es, ha de procurar una mejora del patrimonio neto, lo que puede lograrse mediante daciones en pago (con beneficio para el deudor), quitas, capitalizaciones de créditos o aportaciones de socios a capital o a fondo perdido (mediante prestaciones accesorias financieras que tengan este carácter).*"

Por otro lado, el apartado 13 de la Disposición adicional cuarta también excluye la rescisión si el acuerdo de refinanciación determinado ha sido homologado judicialmente. Recordamos, no obstante, que la disposición ha sido derogada, con efectos de 1 de septiembre de 2020.

De este modo, en la medida que el acto de disposición que resulta del acuerdo de refinanciación cumpla los requisitos sustantivos, financieros y formales de alguna de las vías contempladas quedará excluido de la acción de rescisión concursal.

2. Causas de enervación de la presunción de perjuicio patrimonial.

Dedicaremos esta parte del trabajo a comprobar si determinadas circunstancias que concurren en el normal funcionamiento de un sistema de *cash pooling* pueden servir para justificar el perjuicio ocasionado a la masa activa del concurso por alguno de los actos de disposición anteriormente expuestos, a fin de evitar la aplicación de la acción de rescisión concursal.

2.1. La obligación contractual de realizar el pago por compensación durante el periodo sospechoso.

Es oportuno recordar que en virtud del modelo de gestión, las empresas participantes asumen el compromiso de traspasar periódicamente sus saldos acreedores y deudores a una cuenta centralizada gestionada por la sociedad *pooler*, con el propósito principal de optimizar la tesorería global del grupo. En este sentido, un primer motivo que entendemos que podría justificar el perjuicio patrimonial derivado de este acto de disposición obedece precisamente a la obligación contractual de las filiales de realizar pagos a la sociedad *pooler* mediante el instrumento de la compensación convencional, así como a la obligación de garantizar por el mismo cauce las deudas que el resto de sociedades participantes tuvieran con la sociedad *pooler*, mientras siga vigente el contrato de *cash pooling* incorporado en el grupo del que forman parte. Así parece haberlo reconocido también la jurisprudencia en el concreto ámbito de un contrato de *cash pooling*³⁹⁶.

³⁹⁶ Traemos aquí de nuevo la sentencia citada en el epígrafe anterior en la que efectivamente se reconoce que la existencia de un contrato de *cash pooling* justifica el perjuicio que los actos de disposición, más concretamente las transferencias de flujos de tesorería realizadas en virtud del mismo, pudieran haber ocasionado a la masa activa. Así, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 7ª), (recurso núm. 160/2017), Roj. 3267/2018, de 24 de junio de 2018: “*En este caso, podría no apreciarse perjuicio injustificado si se hubiere probado la existencia de los préstamos e ingreso de cantidades en las cuentas de GLOBAL ARCTOS, S.L. derivados del referido contrato de “cash pooling” o de préstamos intra-grupo*”.

Ha quedado admitido en la doctrina que los pagos por compensación realizados durante el periodo sospechoso se encuentran justificados y no cabe apreciar perjuicio en ellos si los créditos y deudas cumplen para entonces los requisitos exigidos para su compensación ³⁹⁷.

³⁹⁷ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 200 y 201, afirma que: “(...) para no de hacer peor condición la compensación realizada antes del concurso, que la posterior, el juicio sobre el perjuicio debe quedar reducido en principio a la concurrencia de los requisitos de la compensación. Esto es, el pago por compensación realizado durante el periodo sospechoso estará justificado, y por lo tanto no cabrá apreciar perjuicio siempre que para entonces se cumplieran los requisitos exigidos para su validez. Este distinto tratamiento se justifica en que no existe una identidad de razón entre el pago y la compensación en el concurso. No deja de ser inicuo que quien es simultáneamente acreedor y deudor se vea compelido a pagar por entero su deuda y no pueda cobrar su crédito si no es parcialmente y pasado un tiempo (si es que finalmente la solución concursal alcanzada y la clasificación de su crédito se lo permiten, a la vista de la masa activa), cuando estaba en condiciones de haber compensado el crédito con la deuda antes de la declaración de concurso, hasta la cantidad concurrente, porque para entonces concurrían los requisitos para la validez de dicha compensación”.

En la jurisprudencia, con respecto a un caso afín al de nuestro supuesto de hecho, en particular, en particular con respecto a un contrato de financiación mediante cuenta corriente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 106/2009 (recurso núm. 696/2008), Roj. núm. 6149/2009, de 30 de marzo de 2009, ha establecido lo siguiente: “En nuestro caso, la compensación practicada por el Banco Popular con el ingreso de aquellas seis cantidades en la cuenta de crédito abierta a nombre de la sociedad concursada no fue legal sino convencional, y se practicó al amparo del acuerdo de compensación automática contenido en la propia póliza de crédito, de forma que al tiempo que minoraban el saldo deudor del acreditado, se incrementaba el saldo crediticio disponible. En un caso muy similar al presente, en que los ingresos y la compensación se practicaron una vez declarado el concurso, como consecuencia de ingresos en la cuenta de crédito y, en concreto, de la gestión de cobro de efectos comerciales y otras operaciones, concluimos que no estaba afectada por la prohibición del art. 58 LC [sentencia de 21 de mayo de 2007 (RA 54/2007)]. Vale la pena traer a colación lo que entonces argumentábamos al respecto: “No cabe comprender en la prohibición del art. 58 LC la compensación que tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contractual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado. En tal supuesto, como es el presente, la compensación propia del sistema de cuenta corriente de crédito queda sustraída de la prohibición legal, porque el efecto inherente al sinalagma contractual determina que los ingresos efectuados en la cuenta compensan automáticamente el saldo deudor generado por el crédito dispuesto...”. Si a este régimen hubieran quedado afectados los ingresos posteriores a la declaración de concurso, que se compensaban automáticamente con el saldo deudor de

Si trasladamos estas consideraciones a nuestro supuesto de hecho, podemos resolver que los pagos por compensación efectuados por la sociedad filial concursada a favor de la sociedad *pooler* dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso obedecen al estricto cumplimiento de una serie de obligaciones contractuales que en tanto sean recíprocas, exigibles, vencidas y líquidas (art. 1196 CC), no pueden presumirse perjudiciales ni por lo tanto rescindibles (art. 58 en relación con el art. 71.3.1º LC).

Es probable que determinados créditos no cumplan durante el periodo sospechoso alguno o algunos de los requisitos de compensabilidad exigidos, lo que inevitablemente comportaría el ejercicio de la acción de rescisión concursal. Sin embargo, nótese que en el contexto de un contrato de *cash pooling*, en la medida que la compensación es convencional, cabe la posibilidad de que las partes acuerden que ante determinadas circunstancias preestablecidas³⁹⁸, por ejemplo la crisis económica de la sociedad deudora, pueda forzarse la causación de tales condiciones en un momento anterior al inicialmente previsto. De este modo, en definitiva, si se logra provocar la concurrencia de los referidos requisitos con anterioridad a la declaración de concurso, entendemos que podría justificarse la obligación contractual de las partes de realizar esos pagos por compensación durante el periodo sospechoso, y por ende, la enervación del perjuicio patrimonial.

una póliza de crédito instrumentada en la cuenta corriente en que se practicaron los ingresos, con mayor motivo y, como un efecto reflejo del art. 58 LC, hemos de considerar que la compensación automática realizada antes de la declaración de concurso, cumpliendo con todos los requisitos de validez, no pueden ser objeto de una rescisión concursal aduciendo la posible vulneración de la par condicio creditorum”.

³⁹⁸ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 202.

2.2. La compensación automática que media en el pago a tercero.

Con cierta proximidad a los argumentos anteriormente esgrimidos, queremos dejar aquí apuntado que resulta muy poco probable que se logre rescindir el pago que la sociedad *pooler* hubiera realizado a un tercero en virtud de una orden recibida por la sociedad filial declarada más tarde en concurso de acreedores.

Según apuntábamos en el capítulo anterior, el pago por compensación mediante mandato o comisión en cuenta corriente, como es el caso, tiene carácter automático. Esto significa que una vez realizado el pago, la compensación es inmediata, o dicho de otro modo, el crédito se entiende vencido, líquido y exigible (artículo 1.196 del Código Civil). Si esto es así, aunque el pago se hubiera efectuado durante el periodo sospechoso, no creemos que pueda rescindirse en el sentido de los artículos 58 y 71.1 de la Ley Concursal.

2.3. El interés del grupo instrumental y las ventajas compensatorias.

El concepto de interés de grupo que propone la doctrina de la organización ha cobrado una especial e importante dimensión en el ámbito de la acción rescisoria como causa enervadora del perjuicio patrimonial. Éste explica y justifica determinadas operaciones que pueden resultar perjudiciales para los intereses de las sociedades filiales como consecuencia de las ventajas obtenidas por el grupo en su conjunto, desde una perspectiva que trasciende a los beneficios obtenidos individualmente por cada sociedad. En este sentido, con carácter general, la doctrina jurisprudencial ha defendido la necesidad de considerar la singular operación que se pretende rescindir a fin de ponderar la desventaja sufrida por la filial en contraste con las ventajas obtenidas por el grupo en su conjunto, o también, las ventajas compensatorias obtenidas por la filial durante su participación en el mismo³⁹⁹.

³⁹⁹ La jurisprudencia ha examinado esta cuestión. En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, resolución núm. 324/2015 (recurso núm. 277/2014), Roj. núm. 1902/2015, de 28 de octubre de 2015 que dispone: “*En efecto, en el*

En nuestra opinión, como hemos venido defendiendo a lo largo del trabajo, el interés de grupo, en cuanto que carece de legitimidad, solo puede admitirse si tiene carácter instrumental, es decir, si está al servicio del interés social. Entendemos de este modo que solo debería excluirse el perjuicio y por ende, la rescisión de la operación si efectivamente se comprueba que la ventaja compensatoria obtenida por la filial es singular, cuantitativa e inmediata⁴⁰⁰.

marco de los grupos de empresas es precisamente la multiplicidad de operaciones intragrupo, tejiendo una auténtica maraña de operaciones que, aisladamente consideradas, pueden subsumirse en el concepto de perjuicio predicado respecto de las acciones de reintegración, pero que en su conjunto pueden responder a un interés de grupo o reportar una ventaja compensatoria, que excluya el perjuicio”.

⁴⁰⁰ Véase el capítulo segundo, epígrafe 4.1.: “Defensa de un sistema compensatorio cuantitativo en lugar de un sistema compensatorio cualitativo”.

Estamos de acuerdo con que la alegación genérica e inespecífica de la pertenencia al grupo y del interés de grupo resulta insuficiente para justificar el sacrificio patrimonial. Así lo expresa por ejemplo PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 19, 2013, p. 163, que respecto a la rescisión de garantías intragrupo ha enunciado que: *“La cuestión, se repite, ha llegado en diversas ocasiones a la jurisdicción. En general puede afirmarse que las sentencias que se han ocupado del tema se han topado con el obstáculo inicial de determinar el ámbito de realidad en que se opera, observándose en ocasiones sentencias desestimatorias precisamente porque el demandado no había conseguido convencer del presupuesto inicial de la existencia misma del grupo de sociedades. En otras ocasiones observamos una deficiente precisión del concepto de grupo, al menos poco atenta a las últimas reformas legales. Por fin, vemos cómo el índice de desestimaciones de la tesis demandada es notablemente superior al de estimaciones, en la medida en que el demandado apelante se limita, en las más de las ocasiones, a invocar de forma genérica la presencia de un interés superior que no se concreta en atención a las peculiares circunstancias del caso”.* También puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014, que dispone que: *“la simple existencia de un grupo de sociedades no es por sí sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del “interés de grupo” para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante”.*

No obstante, no compartimos con parte de la doctrina y de la jurisprudencia mayoritarias que las únicas limitaciones a la defensa del interés de grupo como causa enervadora del perjuicio sean la supervivencia de la sociedad filial y la compensación cualitativa.

a) Especial referencia a las garantías contextuales o intragrupo.

Para comprender la relevancia del interés del grupo como causa que justifica el perjuicio a la masa activa del concurso en el ámbito de *cash pooling*, resulta interesante recurrir al reconocimiento que de este concepto han hecho nuestros

En la jurisprudencia, véase por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1), resolución núm. 114/2014 (recurso núm. 396/2013), Roj. núm. 882/2014, de 31 de marzo de 2014, al establecer lo siguiente: *“Es por ello que en tales casos no cabe admitir como suficiente para justificar la operación impugnada y para eliminar los atisbos de gratitud la mera invocación del interés del grupo cuando se articula como alegación genérica e inespecífica. Tal y como destaca nuestra doctrina concursalista, y como se desprende además de nuestro Derecho comparado (caso Rozenblum en la jurisprudencia francesa, teoría dei vataggi compensativi en el Derecho italiano, y Guía Legislativa de UNCITRAL) habremos de partir como premisa básica de que la defensa del interés de grupo tiene determinadas limitaciones, y que solo podrá prevalecer, primeramente, cuando el sacrificio exigido a la filial no sobrepase sus posibilidades financieras ni ponga en riesgo su supervivencia; y en segundo lugar que, pese a lesionarse el interés de la filial, este perjuicio debe aparecer compensado de alguna otra manera. Para ello será preciso llevar a cabo una labor de ponderación entre los sacrificios sufridos por la filial en comparación con las ventajas que para ella se pueden derivar, si no de manera inmediata al menos en un medio plazo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar el test de las ventajas competitivas como criterio para poder apreciar si ha existido la “real reciprocidad de intereses” en que consiste la causa onerosa (en palabras de la STS de 13 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 140) y descartar, en su caso, la gratitud de la operación de que se trata”.*

Asimismo, en el contexto del instituto de la rescisión concursal, la mayoría de los autores se han pronunciado a favor de ventajas cualitativas. Véase, entre otros: PULGAR EZQUERRA, JUANA, “El concurso de las sociedades integradas en un grupo”, cit., p. 468, donde dispone que: *“Es imprescindible añadir que dicha compensación no tiene por qué ser evaluada en términos estrictamente cuantitativos, requiriéndose una compensación de naturaleza económica exactamente valorable, sino que es admisible una valoración de carácter cualitativo, que tenga en cuenta la política general del grupo a medio y largo plazo que, en definitiva, podría generar para la sociedad una ventaja que no solo no se produce en el momento en que se cierra la operación; sino que puede no seguir siquiera un criterio proporcional o cuantitativo”*; PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías...”, cit., p. 160: *“Creo que la ventaja, a diferencia de lo que acontece en Derecho alemán, no tiene por qué ser estrictamente económica, sino que puede ser cualitativa, desde una perspectiva más amplia (...) en especial en los grupos fácticos las ventajas son más intangibles”.*

En contra de tales pronunciamientos, creemos que las compensaciones han de ser singulares, inmediatas y cuantitativas, de modo que constituyan activos realizables que permitan a la sociedad filial garantizar su posición frente a terceros.

jueces en el ámbito de las garantías contextuales. Recordemos que la garantía contextual se entiende como una forma de garantía por deuda ajena, es decir, prestada por un tercero a favor del acreedor del crédito y en garantía del cumplimiento de su devolución por el deudor⁴⁰¹.

Ya hemos señalado más arriba que la garantía contextual prestada por las sociedades que forman parte del sistema de *cash pooling* a favor de la sociedad *pooler* para garantizar la deuda que una de ellas tiene con esta última, puede considerarse, en el caso de declararse el concurso de acreedores de una o varias de las sociedades garantes, como un acto perjudicial para la masa activa y en consecuencia, rescindible en virtud del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal. Sin embargo, debe tenerse presente que las sociedades filiales prestan la garantía en beneficio de otras empresas del grupo porque a pesar del coste y riesgo que asumen, ello les permite acceder a la financiación de la sociedad *pooler*, que a su vez, concede asistencia financiera a las sociedades necesitadas precisamente a causa de la seguridad que le reportan las garantías constituidas por las demás.

Así, para desactivar la presunción de perjuicio, la doctrina y la jurisprudencia han creído oportuno realizar un examen de la concreta operación en el contexto en que se desarrolla, de tal modo que se valoren las circunstancias y características de la operación en su conjunto. Esto es, tanto el vínculo existente entre las partes (garante-acreedor y garante-deudor) como el flujo de intereses económicos entre ellas ⁴⁰².

⁴⁰¹ GÓMEZ ASENSIO, CARLOS, “Las garantías contextuales...”, cit., pp. 123-146; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 179 y ss.; GIRARDO PERANDONES, PABLO, “La acción rescisoria...”, cit., pp. 89-112; FACHAL NOGUER, NURIA, *Las interferencias...*, cit., pp. 146 y ss.; PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías...”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013, pp. 155-164.

⁴⁰² CADENAS DE GEA, CATALINA/ PEREA ORTEGA, RAFAEL, “El grupo de sociedades en el ámbito concursal”, en LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Dir.), *El control societario en los grupos de sociedades*, ed. Bosch, 2017, pp. 162 y ss.

En la jurisprudencia puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 652/2012 (recurso núm. 836/2010), Roj. núm. 7746/2012, de 8 de

En este sentido, merece la pena prestar atención a ese interés de grupo instrumental, a las ventajas compensatorias obtenidas por la sociedad garante concursada, y al sistema de financiación centralizada que nace con el contrato de *cash pooling*, a fin de comprobar si todo ello en su conjunto puede llevar a justificar el perjuicio, con el fin de escapar de la acción de rescisión concursal.

Para empezar con este análisis, hemos de insistir en que en la medida que el grupo carece de personalidad jurídica propia y de patrimonio conjunto, la invocación en abstracto de un interés de grupo para justificar el perjuicio, aunque se configure como una condición relevante, no se considera suficiente, sino que es preciso que la sociedad garante concursada haya obtenido un beneficio patrimonial a modo de contraprestación⁴⁰³.

noviembre de 2012, que establece lo siguiente: “(...) en las garantías prestadas a favor de terceros por las mismas suele hallarse latente un interés económico claramente identificable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina y a alguna decisión de los tribunales a prescindir de su examen aislado del contexto en el que se desarrolla y a dar a la garantía el trato adecuado a la operación en su conjunto (...) Por otro lado, el fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios (...), hace que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deban entenderse como “operaciones de grupo” en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse en tal marco”; Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 791/2010 (recurso núm. 824/2007), Roj. núm. 7163/2010, de 13 de diciembre de 2010: “Lo relevante son los datos fácticos, las circunstancias y las características de la operación, que permitan apreciar la causa onerosa o gratuita de la operación, y en concreto si ha habido o no una “real reciprocidad de intereses, que no exige equivalencia de prestaciones” – en que consiste la onerosidad-, o, por el contrario, solamente “un puro beneficio sin contraprestación para una parte y para la otra una disminución de acervo patrimonial sin compensación económica” – en que consiste la gratuidad-”; Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), resolución núm. 234/2015 (recurso núm. 520/2014), Roj. núm. 1186/2015, de 7 de mayo de 2015: “la valoración de ese contexto negocial, exige tener en cuenta (...) la pertenencia de la concursada y de las sociedades (...) beneficiadas por la garantía constituida, al grupo empresarial. Nos encontraríamos entonces en el ámbito de las denominadas garantías contextuales intragrupo”.

⁴⁰³ En este sentido, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014, que dispone que: “Pero la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del “interés de grupo” para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido

De hecho, en el ámbito de un *cash pooling* estamos ante un supuesto en el que unas filiales son garantes de otras de forma horizontal (*cross-stream guarantees*). En este caso, la obtención de la ventaja patrimonial por parte de la sociedad garante toma relevancia. Nótese que una vez declarado su concurso, a los acreedores en

por el garante. Es más, en ocasiones, algunos resultados provechosos para el “interés de grupo” pueden lograrse a costa de sacrificar los intereses objetivos de una o varias de las sociedades consorciadas, lo que los acreedores de estas no están obligados a soportar. Cada una de las sociedades integradas en el grupo tiene personalidad jurídica, y un patrimonio, independiente de las demás, que constituye un centro de imputación individualizado de relaciones jurídicas. El grupo de sociedades, como tal, carece de personalidad jurídica propia, y por tanto de un patrimonio propio. Cada sociedad es exclusiva titular de su patrimonio, que responde de sus obligaciones. No existe un “patrimonio de grupo”, ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los distintos patrimonios de las distintas sociedades por el mero hecho de estar integradas en un grupo, sin perjuicio de situaciones excepcionales de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el levantamiento del velo. No puede aceptarse por tanto la afirmación de la recurrente de que no existe perjuicio para la masa porque el grupo societario de la concursada y, por ende, la concursada, han percibido una cuantiosa suma de dinero por los préstamos con relación a los cuales se constituyeron las hipotecas. El dinero lo ha recibido la otra sociedad. 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, y las sentencias de instancia consideran probado que la concursada no recibió contraprestación alguna, pues tales préstamos no sirvieron para que la prestataria saldara la deuda que mantenía con la garante, la posteriormente declarada en concurso. Por otra parte, sería un contrasentido que la misma circunstancia que sirve de fundamento a la presunción “iuris tantum” de perjuicio, como es el carácter “intragrupo” de la garantía prestada, sea la que excluya la existencia de perjuicio por entender que el mero interés de grupo lo excluye. En consecuencia, la constitución de una hipoteca por parte de la concursada sobre la nave industrial de su propiedad, en la que desarrollaba su actividad industrial, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin recibir contraprestación alguna, directa ni indirectamente, constituye un acto dispositivo oneroso que ha causado un perjuicio patrimonial al deudor declarado en concurso y por tanto susceptible de rescisión” (...) “la simple existencia de un grupo de sociedades no es por si sola justificativa de la existencia de esa atribución o beneficio patrimonial que excluya el perjuicio en la constitución de la garantía. No basta, pues, la invocación en abstracto del “interés de grupo” para excluir la existencia de perjuicio en la constitución de una garantía intragrupo, es preciso concretar y justificar el beneficio económico obtenido por el garante”; Este criterio se ha repetido en múltiples ocasiones, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 289/2015 (recurso núm. 1471/2013), Roj. núm. 2979/2015, de 2 de junio de 2015; en la Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 232/2014 (recurso núm. 859/2012), Roj. núm. 11773/2014, de 18 de julio de 2014; en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5ª), resolución núm. 301/2014 (recurso núm. 404/2014), Roj. núm. 2179/2014, de 24 de noviembre de 2014.

nada les beneficia que la garantía haya beneficiado al grupo,⁴⁰⁴ en cuanto que únicamente podrán ver satisfechos sus créditos con el patrimonio de la concursada y no con el de la sociedad *pooler* o con el de otras sociedades filiales del grupo.

Dicho esto, lo siguiente que debemos cuestionarnos es qué ha de recibir el garante por contraprestación y en particular, si ésta ha de ser totalmente proporcionada a la garantía prestada. En este sentido, como ya hemos mencionado más arriba, nuestros Tribunales han venido admitiendo que no es necesario que el beneficio obtenido por el garante sea directo, sino que cabría la posibilidad de que éste fuese indirecto⁴⁰⁵. Por beneficio patrimonial indirecto se ha entendido, ya no solo la obtención de una ventaja, sino incluso la evitación de un perjuicio que la concursada podría haber sufrido en caso de no haber prestado la garantía⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, “Garantías intragrupo: problemática y potencial rescindibilidad”, *2015 Práctica Mercantil para abogados*, La Ley, Madrid, 2015, [versión digital], donde establece que: “*La situación es distinta y más complicada por el contrario, en aquellos casos en los que la garantía se preste por la filial por deudas de la matriz (upstream guarantees), más aún en supuestos en que se otorgue por una filial a favor de deudas de otra filial, hermana de la primera (cross-stream guarantees), pues, en línea con la reciente jurisprudencia en la materia, no bastaría con alegar un genérico interés de grupo, siendo necesario, por el contra, probar la existencia de alguna contraprestación a favor de la filial garante dado que desde la perspectiva de los acreedores de la filial declarada en concurso nada les aporta el que la garantía haya beneficiado verticalmente al grupo*”.

⁴⁰⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014, dispone que la contraprestación: “*no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía sino que puede ser un beneficio patrimonial indirecto*”; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), resolución núm. 234/2015 (recurso núm. 520/2014), Roj. núm. 1186/2015, de 7 de mayo de 2015, establece que: *se requiere, por tanto, la existencia de algún tipo de contraprestación a favor de la sociedad garante, una atribución patrimonial o beneficio bien directo o indirecto que en su caso determine la exclusión de ese perjuicio patrimonial*”.

⁴⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 289/2011 (recurso núm. 91/2011), Roj. núm. 8914/2011, de 4 de julio de 2011, que viene a reconocer que no es necesario que se obtenga una ventaja sino que bastaría que se evitara el perjuicio, aunque sea necesario que se acredite “*qué concreto perjuicio habría podido sufrir la concursada de no haberla prestado*”. En el ámbito de los grupos de sociedades, manifiesta PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial,...”, cit., p. 163 que: “*No resulta difícil pensar en supuestos legitimadores del interés del grupo en el*

El expreso reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de las ventajas compensatorias indirectas permite afirmar que éstas pueden no ser actuales o inmediatas. Más arriba nos hemos posicionado en contra de esta tesis por varios motivos, entre los que ahora queremos destacar el hecho de que una ventaja compensatoria futura no constituye un activo realizable, con la indeseada consecuencia de que la sociedad filial, especialmente sus accionistas minoritarios, no podrán garantizar su posición frente a terceros. Es por esto que mantenemos que el beneficio no debe ser indirecto sino directo, esto es, singular, cuantitativo e inmediato. Solo así creemos que puede justificarse el perjuicio a la masa activa del concurso y por ende, protegerse a los acreedores concursales. Se trata por otra parte de tres condiciones que tal y como argumentábamos en el capítulo segundo concurren en el escenario de un contrato de *cash pooling*.

Se ha indicado también en la jurisprudencia que la ponderación entre los riesgos y sacrificio soportados por la sociedad garante, y los beneficios obtenidos a consecuencia de la constitución de la garantía, ha de efectuarse en relación a las circunstancias concurrentes en la fecha en que se realizó la operación y no en relación a las existentes en la fecha en que tuvo lugar la declaración de insolvencia. Es importante analizar los efectos de la operación en la fecha de su ejecución, valorando si dicho acto habría sido lesivo para la masa activa en la hipótesis de que la situación de insolvencia hubiera existido en aquel momento⁴⁰⁷.

caso de garantías reales prestadas por la filial concursada. La doctrina se ha ocupado del tema y en la práctica de los tribunales se han conocido algunos supuestos (...) e) y supuestos en los que la constitución de la garantía por la filial ha evitado un perjuicio cierto al grupo, por ejemplo en los casos en los que garantiza la posición de otra sociedad vinculada contratista con la Administración Pública”.

⁴⁰⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), resolución núm.232/2013 (recurso núm. 62/2013), Roj núm. 2083/2013, de 31 de mayo de 2013: “la operación debe analizarse “ex ante” y no “ex post”; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, “Las operaciones del concurso de acreedores...”, cit., p. 1024: “No son posibles los juicios retrospectivos: el momento relevante para la consideración del perjuicio es la fecha en que se realiza dicho acto y no aquella en que se ejercita la acción”; CARRASCO PERERA, ÁNGEL, Los derechos de garantía en la Ley concursal, Civitas, tercera edición, Madrid, 2009, pp. 364 y 465: “El perjuicio no puede nunca determinarse ex post, desde la referencia temporal actual del concurso. Pues si el deudor se halla ahora en concurso, resulta manifiesto que el crédito que causalizaba la garantía no pudo evitar (acaso incluso pudo precipitar) el

En consideración de todo lo anterior, puede concluirse que la presunción de perjuicio de las garantías contextuales puede justificarse mediante la aplicación de un sistema compensatorio estricto y cuantitativo, y no flexible o cualitativo como suele argumentar la doctrina de la organización. La exigencia de las ventajas compensatorias como instrumento para excluir la acción de rescisión concursal se ha venido observado con carácter general en los sistemas de financiación intragrupo⁴⁰⁸, y en particular, en el marco de operaciones de *cash pooling*⁴⁰⁹. Como ya sabemos, en un sistema de *cash pooling*, las empresas del grupo, en la medida que transfieran fondos de tesorería a la cuenta centralizadora, se convierten en garantes de los créditos que la sociedad *pooler*, en nombre de éstas, conceda a otras empresas del mismo grupo que necesiten tesorería. A este respecto, consideramos que esta forma de gestión centralizada de la tesorería permite

concurso y, además, resulta que los bienes de la masa están gravados a favor de un tercero...”; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “Las acciones de reintegración”, en PRENDES CARRIL, PEDRO, Tratado judicial de la insolvencia, tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1168 y 1169: “Aunque los intereses afectados por el acto de disposición son los que los acreedores tienen en la masa del concurso, en cuanto a garantía de pago de sus créditos, para juzgar si estaba o no justificado el acto o negocio impugnado el análisis ha de hacerse desde la posición del deudor al tiempo de su realización. Así pues ha de valorarse el principio de oportunidad, las expectativas razonables que el negocio o acto de disposición le reportaba al deudor en ese momento y otras circunstancias concurrentes como son la situación de mercado y la necesidad de vender para obtener liquidez, para juzgar si los términos en los que se realizó la operación eran razonables desde el punto de vista negocial. Eso conlleva que, obviando lo ocurrido después, debemos valorar en ese preciso momento, y atendiendo a las alternativas que tenía el deudor, si estaba justificado para sus intereses como empresa el negocio o acto realizado y ahora impugnado. De otro modo, se incurriría en el sesgo de retrospección: el conocimiento posterior de lo que realmente ha sucedido condiciona a quien evalúa la posibilidad de que ocurriera”; PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial,...”, cit., p. 162; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, La rescisión concursal, cit., p. 91; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), La reintegración en el Concurso de Acreedores, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición, Cizur Menor, 2014, p. 69.

⁴⁰⁸ PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial,...”, cit., p. 163. Y también en la jurisprudencia, entre otras, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante (Sección 1^a), resolución núm. 264/2010 (recurso núm. 980/2009), Roj. núm. 37/2010, de 7 de mayo de 2010.

⁴⁰⁹ PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial,...”, cit., p. 163.

compensar el riesgo de la sociedad garante con los fondos percibidos por ella durante el ejercicio correspondiente.

2.4. Acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

El artículo 71.5.1º de la Ley excluye de la rescisión concursal los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. Con esta norma se pretende evitar la reintegración de actos que habrían sido igualmente realizados al margen de que fuera a declararse o no el concurso de acreedores, porque en caso contrario habría riesgo de paralizar la continuidad de la empresa y la actividad profesional o empresarial del deudor⁴¹⁰.

Esta norma sugiere reflexionar acerca de la posibilidad de configurar las continuas transferencias de liquidez realizadas en el ámbito de un contrato de *cash pooling* como actos ordinarios de la actividad empresarial de las sociedades del grupo. El reconocimiento de esta consideración en nuestro supuesto de hecho permitiría resolver que las operaciones de tesorería no encierran un perjuicio para la masa activa, así como asegurar a la sociedad *pooler*, a las sociedades del grupo y a terceros acreedores que la constitución de una garantía contextual, o la concesión o devolución de un préstamo por una determinada sociedad filial a la cuenta centralizadora durante el periodo sospechoso no será objeto de rescisión concursal⁴¹¹.

⁴¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 105/2015 (recurso núm. 1502/2013), Roj. núm. 1095/2015, de 10 de marzo de 2015: *“la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso que, por formar parte de su giro y tráfico ordinario, se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor”*.

⁴¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 487/2013 (recurso núm. 440/2011), Roj. núm. 4178/2013, de 10 de julio de 2013: *“(l)a finalidad de esta excepción es proteger a quien contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocio jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del Mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que*

Para atender a un adecuado análisis de la cuestión, conviene en primer lugar entender el significado de las diversas condiciones o características que incorpora la norma. Así, como primera condición se requiere que el acto realizado por el deudor sea el ordinario de su actividad profesional o empresarial. Se ha sostenido tradicionalmente que el acto ordinario de la actividad empresarial ha de quedar necesariamente vinculado a lo establecido en los estatutos de la sociedad para describir el objeto social. No obstante, con el paso del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado hacia un criterio más amplio que entiende que para calificar como ordinario un acto del deudor habrá que prestar atención no solo a lo establecido en el objeto social, sino también a la actividad que realmente desarrolla la empresa y a la complejidad o envergadura del negocio⁴¹². Desde este

revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse”.

⁴¹² SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 227: “en el caso de las sociedades, la actividad empresarial no solo vendrá determinada por lo descrito en sus estatutos al establecer el objeto social, sino que habrá que complementarlo con la actividad que realmente realice la empresa”; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 82: “El acto no debe quedar singularizado ni por su objeto, ni por su volumen, ni por sus condiciones, y debe enmarcarse en lo que constituye la actividad normal y habitual del empresario”; AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria...*, cit., p. 39: “no basta con atender a un concepto general de “actividad empresarial”, o a una delimitación formal de la actividad del deudor partiendo, por ejemplo, del contenido de los Estatutos Sociales, (...). Ello ayudará al deudor a la hora de acreditar su actividad, ciertamente, pero lo relevante será la concreta y específica actividad que, realmente, desempeñe o ejercite el concursado, de forma efectiva, al tiempo de llevarse a cabo el acto reputado ordinario, con independencia de lo que resulte de los citados estatutos, (...)”; LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, “El sistema de reintegración concursal”, *Revista del Poder Judicial*, núm. extra 18, 2004, p. 270.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 487/2013 (recurso núm. 440/2011), *Roj.* núm. 4178/2013, de 10 de julio de 2013: “Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere. La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad

punto de vista, el hecho de que las operaciones de *cash pooling* no figuren descritas en el objeto social de las empresas participantes no supone un impedimento para aquella configuración. La segunda condición requerida por la norma se basa en el carácter normal de la actividad empresarial. Significa esto que las operaciones llevadas a cabo por el deudor en el curso natural de su actividad han de haberse efectuado de manera regular, y con adecuada formalidad y sustantividad⁴¹³, de manera que ciertamente pueda acreditarse que las mismas no han causado un perjuicio a la masa activa, ni han vulnerado la *par condicio creditorum*⁴¹⁴.

Realizadas estas observaciones, ya podemos retomar la cuestión referente a si los flujos de tesorería efectuados en el marco de un contrato de *cash pooling* pueden considerarse actos ordinarios y normales de la actividad empresarial de la sociedad concursada. En la práctica se han encontrado respuestas dispares.

A este respecto, nos parece oportuno traer en primer lugar a la exposición varias sentencias en las que nuestros Tribunales han denegado el carácter ordinario de la actividad empresarial a una serie de actos que por su casuística pueden aproximarse o relacionarse a nuestro supuesto de hecho.

Así, puede destacarse una sentencia en la que se rechaza el carácter ordinario a la devolución de aportaciones dinerarias realizadas por una sociedad a favor del socio mayoritario y administrador en los dos años anteriores a la declaración de

empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de la actividad profesional o empresarial”.

⁴¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 487/2013 (recurso núm. 440/2011), Roj. núm. 4178/2013, de 10 de julio de 2013: “Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizadas en condiciones normales”.

⁴¹⁴ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp. 229 y 230; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 82: “*Qué constituye un acto realizado en condiciones normales es difícil de precisar, pero la mejor doctrina entiende que se identifica con los actos según la manera habitual de operar del concursado, con independencia de si es de mercado o no*”.

concurso. Este crédito se califica como subordinado y según razona la sentencia, en la medida que puede ser el resultado de una financiación anómala destinada a encubrir una situación de infracapitalización nominal, no puede quedar amparada por la excepción a la acción de rescisión concursal del artículo 71.5.1º de la Ley⁴¹⁵.

Por otra parte, puede señalarse otro caso que ha denegado también el carácter de acto ordinario de la actividad empresarial a la compensación de saldos acreedores y deudores entre una sociedad concursada y otra del mismo grupo, al estimar que si bien este modo de proceder puede configurarse como una práctica habitual del propio grupo, debe entenderse como un acto excepcional del tráfico de la sociedad deudora; se argumenta que la referida operación de compensación no forma parte del propio giro o tráfico del deudor ni deriva del mantenimiento de su centro de actividad⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 487/2013 (recurso núm. 440/2011), Roj. núm. 4178/2013, de 10 de julio de 2013: *“La justificación de esta previsión legal, proteger la confianza del tercero en la eficacia de los actos en que se manifiesta la actividad normal del deudor, carece de sentido en actos como los que son objeto de enjuiciamiento. Tanto más cuando una de las causas de que se prevea el carácter subordinado de los créditos de los socios relevantes es, como se ha expuesto, que esta financiación suele encubrir supuestos de infracapitalización, en los que lo correcto hubiera sido una aportación suficiente de capital social para que la sociedad pudiera acometer su actividad gozando de un patrimonio suficiente que sirviera de garantía frente a sus acreedores. Por lo expuesto, el reembolso de estas cantidades al socio mayoritario y administrador único en los dos años anteriores a la declaración del concurso, en perjuicio de otros acreedores, no puede considerarse como un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales a efectos de hacerlo inatacable en el sistema de las acciones de reintegración del concurso”*.

⁴¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 9ª), (recurso núm. 907/2010), Roj. núm. 197/2010, de 18 de noviembre de 2010: *“Ocurre sin embargo que el hecho de que una determinada operación sea habitual en la mecánica financiera de la concursada, en modo alguno la convierte en un acto ordinario de la actividad empresarial. Este concepto, en resulta un límite a la rescisión de un acto que puede resultar perjudicial, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, entendiéndose por “actos ordinarios” los propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria, tal y como indica la SAP Barcelona (Sec. 15) de 8 de enero de 2009. Así se dice en la Sentencia núm. 570/2009 de 18 de noviembre de la AP Pontevedra “que se trata de aquellos actos de mantenimiento ordinario sin cuya realización se paralizaría en un corto periodo la actividad ordinaria de la empresa.”*

De manera opuesta a tales pronunciamientos, pero también en un escenario relacionado a nuestro supuesto de hecho, con respecto a un caso de contrato de financiación mediante cuenta corriente, se ha considerado pertinente excluir la rescisión concursal por virtud del indicado artículo 71.5.1º de la Ley Concursal⁴¹⁷. Esto es, se ha estimado que la póliza de crédito en cuenta corriente a través de la cual la sociedad deudora realiza cobros y pagos, instituye un acto ordinario de su actividad mercantil.

Lo que ofrece pocas dudas es que el acto debe enmarcarse en la actividad habitual y normal de la empresa en el sector del tráfico en la que está inmersa la empresa". La compensación de créditos que es objeto de examen en el presente incidente, aún cuando pudiera ser habitual en la relación de la concursada con el resto de sociedades del grupo, en modo alguno es un acto ordinario su giro o tráfico, atendido su objeto social, ni se trata de un acto de mantenimiento de esa actividad ordinario. Pero es que a mayor abundancia no cabe duda que la compensación realizada con posterioridad a la propia solicitud de concurso, no es un acto realizado en condiciones normales, pues como recuerda la SAP Valladolid de 7 de mayo de 2009 "el concepto de "normalidad" no puede quedar reducido al equilibrio en las prestaciones de las partes o al de pago en condiciones de mercado. Antes bien, es necesario analizar el momento y contexto en que se realizan los actos susceptibles de rescisión".

⁴¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 106/2009 (recurso núm. 696/2008), Roj. núm. 6149/2009, de 30 de marzo de 2009: "*Pero además, este acto puede considerarse que está excluido de la rescisión concursal por virtud del art. 71.5 LC, por tratarse de "acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones ordinarias". El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente concertado por HERGAR con BANCO POPULAR servía no sólo para requerir crédito hasta el límite pactado, 85.000 euros, cuando lo necesitara HERGAR, sino también para realizar reembolsos totales o parciales sobre las cantidades recibidas, con la finalidad de poder ser nuevamente utilizado en la medida en que era reintegrado, lo que tiene gran importancia si, como es el caso, HERGAR utilizaba también los servicios de caja, como se desprende del extracto de la cuenta. Los reintegros practicados como consecuencia de estos seis ingresos fueron encaminados a reducir la deuda a los límites del crédito concedido, y así se desprende del propio extracto de la cuenta, donde se aprecia que cada ingreso vino precedido y, por ello, motivado por una situación de exceso en la disposición del crédito por encima de lo pactado, y la consecuencia de tales ingresos fue reducir el crédito dispuesto a una cifra muy poco inferior al límite pactado (84.994,08 euros), y así cuando se canceló la póliza el saldo deudor era de -83.775,48 euros. Se trata de un acto ordinario, si se dispone de una póliza de crédito en cuenta corriente a través de la que se realizan cobros y pagos, derivados de su actividad mercantil, pues va encaminada a mantener la póliza dentro del límite pactado y evitar la resolución anticipada por el Banco, lo que redundaría en el vencimiento anticipado de la deuda y su inmediata exigibilidad; y fue realizado en condiciones ordinarias, pues se hizo a través de ingresos de terceros y no pretendió la amortización anticipada del crédito, sino tan sólo conservar el mismo reduciendo el saldo deudor por debajo del límite de disposición pactado".*

En relación con las sentencias anteriores, nos parece oportuno apuntar algunas observaciones.

En primer lugar, no creemos que deba tomarse como criterio o norma general que las transferencias realizadas por una sociedad a favor de su socio en un periodo anterior a la declaración del concurso sean siempre y en todo caso el resultado de una financiación anómala destinada a encubrir una situación de infracapitalización nominal, que deba comportar en consecuencia y de manera automática un rechazo a la apreciación de las operaciones de tesorería como actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor. De hecho, ya hemos apuntado más arriba que el escenario descrito no es el propio de un funcionamiento común o normal de un contrato de *cash pooling*, sino más bien el de uno patológico. Desde este punto de vista, entendemos que aquella sospecha o presunción de financiación anómala no puede constituir una causa suficiente ni recurrente para desestimar la aplicación de la excepción a la rescisión concursal. Así, una vez declarado el concurso de acreedores de la sociedad, el crédito se subordinará por haber sido realizado a una persona especialmente relacionada (art. 92.5º en relación con el art. 93.2.1º LC), y la operación también se presumirá *iuris tantum* perjudicial para la masa activa por configurarse como un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de una persona relacionada durante el periodo sospechoso (art. 71.3.1º en relación con el art. 93.2.1º LC); sin embargo, cabrá la posibilidad de que se exceptúe la aplicación de la acción rescisoria concursal si efectivamente se comprueba que forma parte de la actividad habitual y normal de la empresa (art. 71.5.1º LC).

Y en segundo lugar, consideramos que las operaciones de compensación de créditos y deudas entre personas especialmente relacionadas, más concretamente, entre sociedades del mismo grupo, son susceptibles de constituir no solo una práctica habitual de la empresa sino también un acto ordinario de la actividad empresarial de la sociedad.

Hemos de recordar a estos efectos que en el particular ámbito de un contrato de *cash pooling*, la propia compensación de créditos y deudas entre las partes, además de ser consecuencia de un compromiso contractual que tiene por finalidad

optimizar la tesorería del grupo en su conjunto, obedece a la necesidad de cada sociedad de disponer de la tesorería reunida en la caja común, en la cantidad requerida en cada caso para desarrollar su actividad de manera regular, formal y sustantiva, y por tanto, en condiciones normales. Es decir, si partimos de la premisa de que el *cash pooling* es un sistema de financiación intragrupo centralizado, y teniendo en cuenta que la actividad empresarial de las filiales viene supeditada a la tesorería que reciban del grupo por medio de la sociedad *pooler*, puede comprenderse que las operaciones relativas al contrato de *cash pooling*, junto con las demás actividades expresadas en su objeto social, constituyen actos ordinarios de su actividad empresarial realizados en condiciones normales. De hecho, su irrealización en el periodo previo a la declaración de concurso podría comportar el riesgo de paralizar la continuidad de la actividad empresarial.

Si todo esto es así, creemos que a las transferencias de liquidez ascendentes y descendentes realizadas entre las sociedades del grupo y la sociedad *pooler*, les puede ser de aplicación la excepción a la acción de rescisión concursal prevista en el artículo 71.5.1º de la Ley Concursal⁴¹⁸.

⁴¹⁸ También lo consideran así FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El contrato de cash pooling”, cit., p. 260, donde establece que en “*un sistema de financiación interna tan fuertemente centralizado como resulta ser un sistema de cash pooling, debiera a nuestro juicio permitir entender que, junto a las actividades especialmente señaladas en los estatutos como constitutivas de su objeto social, la sociedad pasará a prestar también como parte de su actividad habitual, en aras de la consecución de su propio interés social mediatizado y coordinado necesariamente con el interés del grupo, asistencia financiera al conjunto del grupo. Conjuguar esta premisa con una noción amplia de “acto ordinario”, debiera permitir considerar estos flujos de liquidez como parte de la actividad ordinaria de la empresa*”; PASTOR SEMPERE, CARMEN, “El riesgo de insolvencia en la sociedad dependiente en el anteproyecto de código”, en MORILLAS JARILLO, MARIA JOSÉ (dir.)/ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR (dir.), PORFITIO CARPIO, LEOPOLDO (dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 752: “*De este modo, la gestión común de la tesorería que permite disponer de la liquidez a favor de las sociedades del grupo que en cada momento lo demandan y, además, obtener una rentabilidad basada tanto en su colocación, como en el ahorro de costes inherentes a obtener esa liquidez de terceros podría ser encuadrada como parte de la operativa ordinaria y normal*”.

V. Los efectos de la rescisión para las personas especialmente relacionadas.

En el presente epígrafe trataremos de examinar los efectos de la rescisión concursal en el improbable supuesto de que no se lograra su exclusión por ninguna de las vías contempladas en los epígrafes precedentes.

Así, los efectos de la rescisión concursal se recogen en el artículo 73 de la Ley Concursal que dispone que: “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”⁴¹⁹. El precepto tiene como objetivo restablecer la situación que tenía el deudor antes de la realización del acto de disposición impugnado. De este modo, se ordena la devolución de las prestaciones con sus frutos e intereses.

El derecho a la prestación que resulte a favor de los acreedores demandados tiene la consideración de crédito contra la masa (art. 73.3 en relación con el 84.2.8º LC)⁴²⁰, salvo si aquellos actuaron de mala fe, en cuyo caso tendrá la consideración de crédito subordinado (art. 73.3 en relación con el 92.6º LC)⁴²¹. La diferencia

⁴¹⁹ Son muchos los autores que se han ocupado de examinar el artículo 73, entre otros, pueden citarse los siguientes: ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, “Artículo 73. Efectos de la rescisión”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 992-997; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 109-137; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., pp., 303-336.

⁴²⁰ El art. 73.3 LC dispone que: “*El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado*”; el art. 84.2.8º LC dispone que: “*Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 8.º Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciase mala fe en el titular de este crédito*”.

⁴²¹ El art. 92.6º establece que: “*Son créditos subordinados: 6.º Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado*”.

entre los acreedores de buena fe y los acreedores de mala fe reside fundamentalmente en que los primeros tienen derecho a recibir la restitución de su prestación al tiempo que entregan al deudor los bienes o derechos objeto de reintegración; mientras que los segundos no se benefician de este derecho, de manera que dada la posición que los créditos subordinados ocupan en el orden de prelación de cobros establecido en la Ley Concursal, difícilmente podrán obtener la satisfacción de su crédito.

Realizadas estas primeras notas introductorias, abordaremos a continuación los particulares efectos que la acción rescisoria presentaría en el particular escenario de un grupo de sociedades con estructura de *cash pooling*. Nótese a este respecto que en circunstancias normales, los créditos entre la sociedad *pooler* y las sociedades filiales tienen la consideración de créditos subordinados, dado que se trata de personas especialmente relacionadas. De este modo, la posibilidad de que puedan convertirse en créditos contra la masa ciertamente supone una ventaja para el acreedor.

Considérese el siguiente ejemplo. Si un crédito a favor de la sociedad *pooler* vence en un momento posterior a la declaración de concurso de la sociedad filial, la consecuencia para la sociedad *pooler* será que su crédito únicamente será satisfecho con posterioridad al resto de acreedores. Pero si el crédito venciera y hubiera sido pagado por la sociedad filial en el periodo de los dos años anteriores a su declaración de concurso, e incurriese en alguno de los supuestos de rescisión del artículo 71 de la Ley Concursal, pasará de tener la consideración de crédito subordinado a tener la consideración de crédito contra la masa; siempre que la sociedad *pooler* hubiera actuado de buena fe. Ello con la importante ventaja de que el crédito podría ser satisfecho íntegramente y además con carácter simultáneo a la restitución del bien o derecho.

Dadas las circunstancias, podría ocurrir que la sociedad *pooler*, en previsión de la próxima declaración de concurso, forzase la concurrencia de alguna de las condiciones que dan lugar a la rescisión, por ejemplo, anticipando el vencimiento del crédito. De esta forma, el pago anticipado realizado por el deudor se rescindiría

y tendrá la consideración de crédito contra la masa, eliminando así la desventaja que supone la subordinación de créditos^{422 y 423}.

Por último, solamente nos queda anotar que cabe la rescisión parcial, es decir, cabe la rescisión concursal de un concreto acto de disposición sin necesidad de que se declare la ineficacia del contrato del que surge aquél⁴²⁴. Esto significa que la reintegración concursal de un determinado flujo de tesorería no es óbice para determinar la ineficacia del propio contrato de *cash pooling*.

⁴²² Esta problemática ha sido planteada, entre otros, por SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp.134 y 135.

⁴²³ Este escenario ha generado en la doctrina un debate acerca de si el acto de disposición perjudicial realizado en cualquier momento a favor de una persona especialmente relacionada habría de mantener su consideración de subordinado, incluso en el supuesto de que el acreedor hubiera actuado de buena fe. A favor de esta última consideración se ha defendido que los créditos de las personas especialmente relacionadas deben recibir un tratamiento unívoco, no pudiéndose aceptar ningún trato de favor según el momento del vencimiento del crédito o las características del acto de disposición. En contra de esta posición, sin embargo, se ha mantenido que las personas no especialmente relacionadas también sufren un trato de favor, pues sus créditos pasarán de ser ordinarios a ser contra la masa, salvo que hubiera actuado el acreedor de mala fe, en cuyo caso tendrán la consideración de subordinado. Este debate ha sido expuesto por SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., p. 136; MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Aproximación al régimen...”, cit., p. 4237.

⁴²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 100/2014 (recurso núm. 745/2012), Roj. núm. 1954/2014, de 30 de abril de 2014: “*la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal*”; Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1ª, Sala de lo Civil), resolución núm. 629/2012 (recurso núm. 679/2010), Roj. núm. 7265/2012, de 26 de octubre de 2012.

V. Otras acciones rescisorias.

En virtud del artículo 71.6 de la Ley Concursal, los administradores concursales y los acreedores podrán ejercer otras acciones de impugnación que procedan conforme a Derecho, con absoluta compatibilidad con la acción de rescisión concursal. Estas acciones habrán de ejercitarse frente al juez del concurso y de acuerdo con las normas de legitimación y procedimiento contenidas en el artículo 72 de la Ley.

El precepto no determina expresamente las acciones que pueden ejercitarse mediante este cauce, de modo que podrían ejercerse algunas como la acción de revocatoria ordinaria (arts. 1291 y 1292 CC); la acción de nulidad radical (art. 1255 CC); la acción de simulación absoluta o relativa; o la acción de anulabilidad por vicios (arts. 1265 a 1270 CC)⁴²⁵.

⁴²⁵ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, "Artículo 71. Acciones de reintegración", cit., p. 952; SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, cit., pp. 139-143.

Capítulo V. Aspectos de Derecho Concursal (2)

Calificación del concurso y responsabilidad concursal.

SUMARIO: **I. Planteamiento.** **II. El sistema de calificación concursal. Consideraciones generales y fundamento.** 1. El concurso culpable. 1.1. La cláusula general de culpabilidad. 1.2. Los supuestos legales de concurso culpable. 1.3. Presunciones *iuris tantum* de culpabilidad. 2. Aspecto subjetivo de la calificación concursal. 3. Efectos personales y patrimoniales de la calificación culpable. 3.1. Sanción con carácter personal: la inhabilitación. 3.2. Sanciones con carácter patrimonial: pérdida de derechos, devolución de bienes e indemnización de daños y perjuicios causados. **III. La calificación concursal y el contrato de *cash pooling*.** 1. Conductas culpables. 1.1. Salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor en la proximidad a la insolvencia. a) Caracteres generales. b) Jurisprudencia. 1.2. Irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. a) Caracteres generales. b) Jurisprudencia. 2. Personas afectadas por la calificación y cómplices: administradores de derecho y de hecho. Jurisprudencia. 3. Efectos personales y patrimoniales. Jurisprudencia. **IV. El instituto de la responsabilidad concursal.** 1. Los presupuestos del artículo 172 bis de la Ley concursal y la configuración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria. **V. La responsabilidad concursal y el contrato de *cash pooling*.** 1. Compatibilidad de la responsabilidad concursal con las demás acciones civiles y societarias de responsabilidad. 2. La incidencia de la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio, y de la irregularidad contable en la generación o agravación de la insolvencia. 2.1. Jurisprudencia. 3. Individualización de la condena.

I. Planteamiento.

Se han detectado en la práctica diversos escenarios en los que el concurso de una o varias de las sociedades pertenecientes a un grupo con gestión centralizada de la tesorería ha sido calificado como culpable, a consecuencia de las conductas dolosas y gravemente culposas de personas con cierto poder de decisión en la empresa que habrían contribuido a la causación o agravación de la insolvencia. Así, en la mayoría de los casos se han reconocido relevantes incumplimientos del deber legal

de llevanza de la contabilidad, y salidas fraudulentas de bienes y derechos del patrimonio del deudor. Como resultado, se han atribuido a aquellas personas sanciones de carácter personal y patrimonial, y en algunos casos una condena por responsabilidad concursal.

Conviene indicar no obstante, que la calificación culpable del concurso y la condena por responsabilidad concursal por las causas anunciadas han de entenderse como una manifestación patológica del *cash pooling*, pues ha de tenerse presente que el hecho de que el modelo de gestión pueda conducir a tales consecuencias en presencia de circunstancias excepcionales y aisladas, de ningún modo constituye un indicador de que el sistema sea en sí mismo ilícito.

Dicho esto, dedicaremos esta última parte del trabajo al estudio de los principales elementos que componen el instituto de la calificación concursal y la responsabilidad concursal.

II. El sistema de calificación concursal. Consideraciones generales y fundamento.

La especialidad de la sección sexta o de calificación reside en realizar una valoración del comportamiento del deudor y de las personas relacionadas con él, con la finalidad principal de resolver si en la causación o agravación del estado de insolvencia del deudor ha mediado dolo o culpa grave de alguno de aquellos sujetos. Las personas que pueden resultar afectadas por la calificación culpable del concurso y en consecuencia sancionadas, varían en función de si el concursado es persona física o persona jurídica⁴²⁶. En este último caso, que es el que nos interesa

⁴²⁶ Sobre la calificación del concurso en general, véase: MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores. Una institución necesaria*, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, Cizur Menor, 2019; SALA SANJUÁN, ABEL JOAN, *La acción de cobertura del déficit concursal (art. 172 bis LC). Configuración y naturaleza jurídica*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019, pp. 59-255; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal.*, Thomson Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2006; ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V*

a los efectos de este trabajo, la calificación culpable puede afectar a los administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y a quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como también a los socios en ciertos supuestos.

Si efectivamente el juez valora que el concursado o sus representantes han quebrantado los deberes que el ordenamiento jurídico les impone, concurriendo en alguno de los supuestos legales o presunciones *iuris tantum* de culpabilidad que contempla la Ley concursal, tanto antes como durante el proceso concursal, dictará sentencia calificando el concurso como culpable, e imponiendo además los efectos personales y/o patrimoniales que correspondan a cada una de las personas afectadas por la calificación.

Estos efectos se concretan en una serie de sanciones civiles y/o en una eventual responsabilidad concursal, y su atribución a dichas personas confirma la función represiva que representa la sección de calificación. Es decir, se castigan las conductas realizadas con dolo o culpa grave que hubieran generado o agravado el estado de insolvencia del deudor⁴²⁷ a fin de garantizar la protección de una serie de intereses privados y públicos presentes en todo concurso de acreedores. En

Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013; GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, “Calificación del concurso”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 487-509; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, “La función represora del concurso de acreedores”, en ALONSO ESPINOSA, FRANCISO/ MASSAGUER, JOSÉ/ CUÑAT EDO, VICENTE/ PETIT LAVALL, M^a VICTORIA/ GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA (Dirs.), *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum Profesor Dr. D. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, primera edición, Valencia, 2013, pp. 1545-1561.

⁴²⁷ MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO “Artículo 163. Calificación del concurso”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1770 y 1771: “Lo que se reprocha en el ámbito de la calificación concursal es que el deudor haya alterado esa normal distribución de riesgos mediante comportamientos que la Ley considera antijurídicos por traspasar los límites del riesgo permitido en la gestión del propio patrimonio y en perjuicio de sus acreedores”. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, “La función represora del concurso de acreedores”, cit., pp. 1559-1561.

efecto, con la aplicación de tales sanciones se persigue conseguir, por un lado, una ventaja patrimonial que tienda a incrementar la masa activa del concurso en beneficio e interés de los acreedores; y por otro lado, garantizar el orden público y la seguridad en el tráfico económico⁴²⁸.

⁴²⁸ La función represiva tiene como finalidad garantizar el cumplimiento tanto del interés privado o satisfactorio de los acreedores, como del interés público o preventivo de un eventual perjuicio en el tráfico jurídico. La defensa del interés público se entiende en la medida en que los concursos de acreedores causan un impacto negativo sobre la economía de un país. Piénsese entre otras consecuencias en el daño ocasionado al crédito de los acreedores, en la cesación de producción de riqueza o en la destrucción de puestos de trabajo. Con el fin de atenuar tales resultados, el legislador concursal ha contemplado la imposición de varias sanciones civiles, entre otras, la inhabilitación de los sujetos responsables de la calificación culpable del concurso. Esta solución permite apartar del tráfico a las personas que carecen de capacidad para gestionar patrimonios ajenos, garantizando de este modo la seguridad en el tráfico económico. La protección de este interés público confluye con otro interés privado, que se corresponde con el interés de los acreedores del concursado a la satisfacción de sus créditos. Véase: MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., pp. 43 y 44, donde el autor establece que la función de represión de naturaleza jurídico-pública que se manifiesta en la sección de calificación: *“lo que busca es sancionar el comportamiento que ciertas personas han tenido y que ha provocado o agravado un estado de insolvencia no querido por los poderes públicos. (...) la calificación es una institución híbrida en la medida en que, siendo principalmente un procedimiento civil, y por ello, tendente a satisfacer intereses privados, pretende también la consecución de ciertos intereses públicos, anudando para ello una serie de consecuencias, también de índole civil, a los casos en los que la conducta del deudor y la omisión del cumplimiento de ciertos deberes y exigencias generan o agravan la insolvencia”*; y en la p. 41, donde expone lo siguiente: *“La sanción civil es una medida aflictiva patrimonial, prevista legalmente, que presupone la iniciativa de una parte privada, perceptora directa de la ventaja patrimonial, que opera, a su vez, como incentivo para el ejercicio de la acción. De esta forma, la sanción civil tiende a satisfacer un interés privado, pero realizando, al mismo tiempo, un interés público o general, de tal suerte que en dicho concepto tiene lugar una búsqueda objetiva y equilibrada de ambos intereses. Así, se observa cómo la sanción civil se sitúa en el punto de conjunción entre el interés general y el particular, de tal suerte que activa el segundo para realizar el primero. Por esta razón, no existe ningún problema en que la calificación concursal, como proceso civil, imponga efectos privados que, a su vez, tutelen un interés público que resulta absolutamente digno de protección”*; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *La calificación del concurso*, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, Cizur Menor, 2004, p. 109; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *“La función represora del concurso...”*, cit., pp. 1559-1561.

Véase en la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Sección 1ª), Roj. 9233/1987, de 27 de marzo de 1987: *“si bien es cierto que los procesos concursales tienen como finalidad primaria la realización del pasivo de un deudor mediante la ejecución*

Es fundamental tener presente que estamos ante una represión de tipo civil, distinta de la que pueda merecer la conducta de un deudor en la jurisdicción penal. Es decir, la calificación del concurso realizada por el juez de lo mercantil en el proceso civil no configura una prejudicialidad penal⁴²⁹, en oposición a lo que sí acontecía en los Códigos de comercio decimonónicos españoles⁴³⁰. En este sentido, la calificación culpable del concurso y la consecuente atribución de las sanciones civiles que correspondan de acuerdo con los elementos de juicio que ofrece la Ley concursal se determinan con independencia y sin perjuicio del posible enjuiciamiento penal.

No obstante, conviene tener presente que de acuerdo con el artículo 167 de la Ley concursal, la imposición de una sanción civil no tiene cabida en todos los concursos de acreedores, sino solo en aquellos en que se apruebe un convenio para todos los

de su activo patrimonial y reparto entre toda la masa de acreedores, con lo que el interés privado es evidente, es lo cierto que, tanto en nuestro sistema procesal como en otros afines de tipo latino, la razón última de la calificación radica en el interés público que demanda que el autor de todo delito sea castigado; y es este particular aspecto el que da lugar a la apertura de la pieza de calificación, cuya resolución final deviene como requisito previo de procedibilidad en el proceso penal y en el normativo actúa como ley en blanco, en tanto en cuanto el tipo penal ha de integrarse con las disposiciones correspondientes al Código de comercio”.

⁴²⁹ Así se comprueba en el artículo 259.6 del Código Penal: “En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal”; y en el artículo 163.2 de la Ley concursal, al establecer lo siguiente: “El concurso se calificará como fortuito o como culpable. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”. La doctrina se ha manifestado también acerca de esta cuestión. Entre otros, véase: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 163. Calificación del concurso”, en *Comentario a la Ley Concursal*, cit., pp. 1772-1774; GALLEGO SANCHEZ, ESPERANZA, “Calificación del concurso”, cit., p. 487; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable*, cit., pp. 59-65, en concreto en la pp. 64 y 65 establece el autor que: “Actualmente, la jurisdicción penal no ha de esperar a la calificación civil para proceder por delitos relacionados con la insolvencia, ni siquiera en el caso del delito de insolvencia punible, es decir, ya no existe éste requisito de procedibilidad, sin embargo subsiste un condicionante en éste último delito pues está previsto para “el que fuere declarado en concurso”. Es necesaria la existencia de la declaración concursal como requisito o condición de punibilidad porque la existencia de la declaración de concurso forma parte del tipo penal”.

⁴³⁰ MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pp. 19 y ss. y 49-65.

acreedores o para los de una o varias clases⁴³¹ en el que se establezca una quita igual o superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera igual o superior a tres años, y en todos los casos de liquidación^{432 y 433}. La referida

⁴³¹ Por lo que respecta al convenio, hay que indicar que el concepto de clase de acreedores al que se refiere el artículo 167 de la Ley concursal ha de entenderse en coherencia con el artículo 89, que clasifica los créditos en ordinarios, subordinados, con privilegio general y con privilegio especial. De esta forma, resulta indiferente que la quita perjudique a los acreedores de una específica categoría de créditos o a los de todas (Véase: MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., p. 77; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 167. Formación de la sección sexta”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, p. 1806.). Asimismo, es oportuno anotar que tal y como es conocido, el convenio se concibe como un medio para lograr la conservación de una empresa en insolvencia, con lo que en él ha de omitirse cualquier modo u opción de liquidación. El contenido del mismo se regula en el artículo 100 de la Ley concursal, que permite además la formulación de proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos.

⁴³² La aprobación de un plan de liquidación supone la conversión en dinero de todos los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso para satisfacer los créditos de los acreedores; consiste en la enajenación del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado, ya sea de forma unitaria o por aplicación de las reglas supletorias que a estos efectos establece la Ley (Véanse los artículos 148 y 149 de la Ley concursal. El art. 148.1 LC establece en particular que: “(...) la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos”. Por otra parte, en la doctrina, entre otros muchos, pueden leerse los siguientes trabajos: GONZÁLEZ VÁZQUEZ, JOSÉ CARLOS, “Artículo 148. Plan de liquidación” y “Artículo 149. Reglas legales de liquidación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1605-1683; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, “Artículo 148. Plan de Liquidación”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2368; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Las operaciones de liquidación (III): la enajenación global de la empresa”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *La liquidación concursal*, Thomson Civitas, primera edición, Cizur Menor, Madrid, 2011, pp. 247-248; RUBIO VICENTE, PEDRO J., “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 22, 2004, pp. 115-155), constituye un medio de extinción de la personalidad jurídica de la empresa, ello con la grave consecuencia de que los acreedores no van a tener más opciones de cobro que las que deriven de la liquidación. Es precisamente ésta la razón por la que el legislador concursal ha entendido que la fase de liquidación implica una situación de tal riesgo y gravedad que necesariamente ha de conducir a la apertura de la sección de calificación (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ

ANTONIO, “Artículo 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2518; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., p. 79). De este modo, si la calificación resulta culpable se atribuirá a los sujetos afectados por la misma una serie de sanciones patrimoniales, además de una posible condena a cubrir total o parcialmente el pasivo insatisfecho con la liquidación de la masa activa (art. 172 bis LC), a fin de incrementar esta última en beneficio de los acreedores.

⁴³³ En definitiva, por virtud del artículo 167 LC, se excluye la apertura de la sección de calificación en situaciones en que el convenio contemple una quita y una espera inferiores a las establecidas en la norma. Son innumerables los autores que se han ocupado de examinar los presupuestos que configuran la excepción a la apertura de la calificación concursal establecidos en el artículo 167 LC. Entre ellos, pueden destacarse los siguientes: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 167. Formación de la sección sexta”, cit., pp. 1804-1811; GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “Artículo 167. Resolución judicial”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 2546; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores*, cit., pp. 57-81; YANES YANES, PEDRO, “La calificación del concurso”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 30/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, primera edición, Madrid, 2012, pp. 525-556; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 72-78.

La referida excepción está sujeta a su vez a otra excepción ya que en el caso de que el deudor incumpla el convenio no gravoso que en su momento impidió la apertura de la sección de calificación, cualquier acreedor podrá solicitar al juez del concurso la declaración de incumplimiento, que se tramitará como un incidente concursal que permitirá abrir de oficio la fase de liquidación, con la que se ordenará por primera vez la apertura de la sección. Es fundamental tener presente que el escenario descrito se configura en la Ley concursal como un supuesto legal de calificación culpable de concurso que no admite prueba en contrario. En efecto, el artículo 164.2.3º LC establece que: “*En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...) Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado*”. Véase: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 167. Formación de la sección sexta”, cit., pp. 1808 y 1809: “*En este sentido, ha de entenderse por incumplimiento del convenio imputable al concursado el incumplimiento del plan de pagos o cualquiera otras prestaciones comprometidas en el convenio que no se deba a un suceso externo, sino imputable precisamente al deudor*”.

Por otra parte, también puede ocurrir que la situación de insolvencia del deudor impida el cumplimiento del convenio gravoso aprobado. En estas circunstancias, del mismo modo que en el escenario anterior, procede la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, con la diferencia de que en este caso, se ordenará la reapertura de la sección de calificación si se hubiese dictado auto de archivo o sentencia

de calificación (art. 167.2.1º LC), o en otro caso, la formación de una pieza separada dentro de la sección para su tramitación autónoma (art. 167.2.2º LC). Véase: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 167. Formación de la sección sexta”, cit., p. 1809.

Resulta relevante apuntar aquí que la Ley prevé criterios distintos de enjuiciamiento para calificar el concurso, que varían en función de si la sección sexta se ha formulado a consecuencia del incumplimiento de un convenio no gravoso (art. 167.1 LC), o si se ha reabierto como resultado del incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de un convenio gravoso (art. 167.2 LC). En el primer supuesto, el ámbito de conocimiento alcanza a todas las conductas previstas como culpables en el ordenamiento concursal (como luego veremos, las establecidas en los arts. 164 y 165 LC), mientras que en el segundo supuesto, sin embargo, el ámbito de cognición se ciñe exclusivamente a determinar si la conducta que ha ocasionado la “frustración” del convenio es imputable al concursado (arts. 168.2 y 169.3 LC).

El artículo 168.2 LC establece expresamente que: *“En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la reapertura de la sección de calificación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”*. El artículo 169.3 LC establece que: *“En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable”*.

Ello ha ocasionado un interesante debate doctrinal. Véase: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 167. Formación de la sección sexta”, cit., pp. 1810 y 1811; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, “A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (SJM 1 Las Palmas 18.7.2011)”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 26, 2012, pp. 479-505; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., pp. 105-108.

Algunos autores han denunciado que no resulta lógico que unos mismos hechos puedan llevar a resultados de calificación distintos según las especialidades que hubieran determinado la apertura de la sección de calificación. Es decir, puede ocurrir que el incumplimiento del convenio sea consecuencia de alguna de las conductas definidas en la Ley concursal como culpables. Este escenario, que en el primer supuesto conduciría casi con toda seguridad a una calificación de concurso culpable, podría devenir en una calificación fortuita en el segundo supuesto, en tanto no se logre imputar la causa de incumplimiento del convenio al concursado, y toda vez que como ya sabemos, la norma no permite observar ninguna otra circunstancia adicional que hubiera podido agravar la insolvencia. En este sentido: BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, “A propósito del deber del concursado...”, cit., p. 445: *“De la lectura de estos preceptos no se puede deducir la grave consecuencia de que en la sección de calificación*

deban de excluirse de examen aquellos hechos que, no siendo determinantes del incumplimiento del convenio, conllevarían la calificación del concurso como culpable”; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, La calificación del concurso de acreedores..., cit., pp. 105 y 106: “Piénsese, por ejemplo, en un caso en el que los administradores sociales hubieran llevado doble contabilidad una vez aprobado el convenio gravoso. Si los administradores solicitan la apertura de la liquidación por no poder hacer frente a lo establecido en el convenio, la sección se reabrirá y el concurso será calificado como culpable al ser la doble contabilidad uno de los supuestos de concurso culpable ex art. 164.2.2º LC. Si por el contrario el convenio resulta incumplido y se abre de oficio la liquidación, la tramitación que seguirá la reapertura será la especial, la cual circunscribe meramente la valoración de la conducta a analizar si el incumplimiento es o no imputable al concursado, sin entrar a valorar, en este caso, la doble contabilidad realizada por los administradores sociales y existiendo, por tanto, la posibilidad de que el concurso devenga fortuito si no se llega a imputar el incumplimiento al deudor. (...) Si se produce el incumplimiento del convenio gravoso y se reabre la calificación, se tendrá que valorar no sólo si ese incumplimiento es imputable al concursado, lo cual determinará ya la culpabilidad del concurso con base en el art. 164.2.3º LC, sino también cualquier circunstancia adicional que haya podido agravar la insolvencia mediando dolo o culpa grave”.

El Tribunal Supremo se ha posicionado en contra de la referida tesis doctrinal confirmando lo actualmente establecido en la norma concursal, esto es, que la calificación tras la reapertura por frustración del convenio ha de enjuiciarse únicamente desde la perspectiva de los artículos 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 de la Ley concursal. En este sentido, véase: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (sección 1ª), resolución núm. 246/2016 (recurso núm. 2910/2016), Roj. núm. 1647/2016, de 13 de abril de 2016: *“En esta línea argumentativa ya apuntada, afirmamos ahora que la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado. De la literalidad del art. 167.2 LC pudiera parecer que la meritada limitación de enjuiciamiento únicamente se refiere a los casos de reapertura de la sección por incumplimiento del convenio, ya que no menciona la reapertura por imposibilidad de incumplimiento. Sin embargo, la identidad de razón entre ambos supuestos es manifiesta, puesto que los dos –incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento- tienen un sustrato común, que es la frustración del cumplimiento del convenio, que conlleva el comienzo de la fase de liquidación y, con ella, la reapertura de la sección de calificación, y la necesidad de coordinar dicha reapertura con lo actuado en la tramitación inicial de la calificación. En ambos casos está justificado que con la reapertura de la sección de calificación se enjuicien las causas que hubieran motivado que el convenio no se cumpliera, sin que tenga sentido ampliar las causas o motivos de enjuiciamiento en el supuesto en que el deudor, al apercibirse de la imposibilidad de incumplimiento, inste la apertura de la fase de liquidación, en vez de esperar al incumplimiento y suscitar un incidente concursal para la rescisión del convenio. De no ser así, se haría de peor condición al deudor que se adelanta a abrir la liquidación cuando advierte que no puede cumplir el convenio, que al deudor que espera a que el incumplimiento sea una realidad y a que se ejercite por los legitimados para ello la consiguiente acción de declaración de*

limitación supone una prevalencia del interés privado de los acreedores sobre el interés público. Como vemos, los deudores que logran alcanzar un convenio que establezca cierta viabilidad de cobro para los acreedores cuentan con la ventaja de eludir cualquier valoración judicial sobre su conducta y en consecuencia, las sanciones civiles que casi con toda certeza les serían atribuibles⁴³⁴; ello, entendemos, con la desafortunada desprotección de aquel interés público y de la seguridad en el orden socioeconómico⁴³⁵.

incumplimiento y de resolución del convenio. Interpretación que consideramos más acorde con la ratio de los arts. 167.2 y 164.2.3^o LC, que es permitir que con la reapertura de la sección de calificación pueda enjuiciarse lo que no pudo serlo antes con la apertura ordinaria. Y que en ambos casos, incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento, se circunscribe, respecto de las causas de calificación, a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado”.

⁴³⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 4, 2004, p. 1201: “La Ley –consciente o inconscientemente- establece algunos mecanismos que pueden orientar la decisión de deudor y acreedores hacia una u otra solución del concurso. En este sentido, destaca el incentivo que se concede al deudor para que inste su propio concurso, con el que se pretende ante todo paliar el gravísimo de la apertura tardía del procedimiento concursal. El estímulo consiste –como es sabido- en que no se formará la sección de calificación del concurso la sexta- si llega a aprobarse un convenio de espera inferior a tres años o de quita inferior a la tercera parte de todos los créditos (art. 163.1.1^o), es decir, si el deudor satisface todas sus deudas en menos de tres años o si paga inmediatamente una parte sustancial de las mismas. De este modo, si el deudor ofrece una solución razonable a sus acreedores, no sufrirá sanción concursal alguna, lo que tiene especial interés en caso de personas jurídicas para evitar la especial responsabilidad que puede imputarse a los administradores y liquidadores de derecho y de hecho en la sección de calificación (art. 172.3)”.

⁴³⁵ En efecto, nos unimos a la doctrina que considera que la excepción de la apertura de la sección de calificación en ciertos concursos debilita o fragmenta el pretendido equilibrio dual entre la protección de los intereses públicos y privados. La medida se ha criticado por varias razones. En primer lugar, la celebración de un convenio con quitas o esperas inferiores a las previstas puede dañar igualmente la situación financiera de los acreedores (MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit. p. 49: “Piénsese, por ejemplo, en la adopción de un convenio en el que se pacta una quita de un 30% y una espera de 5 años. Con estos límites, por debajo de los establecidos ex lege, un acreedor no recuperará el 70% de su crédito hasta dentro de 5 años, lo cual le puede generar unos daños considerables a la vista de su situación financiera en la medida en que, si a su vez ese acreedor se encuentra en dificultades, podrá verse abocado a declararse en situación de insolvencia”), además de que un convenio así no garantiza que el deudor o sus representantes no hayan actuado con dolo o culpa grave y no hayan contribuido con tal

comportamiento a la causación o agravación de la insolvencia (MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit. p. 46: “...existiendo dolo o culpa grave en la actuación seguida por el deudor o por ciertas personas de su entorno, la calificación (no tiene por qué no tener lugar) por el simple motivo de que no concurra ninguno de los presupuestos habilitantes para abrir esta sección del procedimiento, lo cual supone un fallo o brecha consciente en todo el sistema de calificación concursal al quedarse sin sancionar ciertas conductas merecedoras de reproche. Tal premisa no resulta admisible, razón por la que defendemos la necesidad de que la sección de calificación se forme en todo caso, pues no sólo se daría así cumplimiento a la función punitiva, sino que, también, la misma coadyuvaría a la función satisfactiva...”).

En segundo lugar, puede suceder también que la culpa que hubiera concurrido en la generación o agravación de la insolvencia no fuera suficientemente grave, en oposición a los requisitos de dolo y culpa grave exigidos por la Ley concursal a los efectos de la calificación (ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ, “El derecho concursal”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO/ URÍA GONZÁLEZ, RODRIGO, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Thomson Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2007, p. 903: “La efectividad de esta función de represión es, pues, eventual, en primer lugar, porque pueden existir concursos real y efectivamente culpables (esto es, concursos en los que la insolvencia haya sido causada con dolo o culpa grave por el deudor) que, sin embargo, no den lugar a la formación de esa sección por no concurrir ninguno de los presupuestos objetivos (...); y en segundo lugar, porque, aun cuando exista culpa en la causación o generación de la insolvencia, puede suceder que dicha culpa no sea grave, sino media o leve, y sólo el dolo o el grado mayor de la culpa son tenidos en cuenta por la Ley a los efectos de la calificación”). Si todo esto es cierto, la sección de calificación debería proceder en todos los concursos, evitando de este modo cualquier conflicto entre el interés público y el privado. Por otra parte, esta limitación no nos parece razonable o proporcionada, toda vez que podría darse el eventual supuesto de que la conducta que causa o agrava la insolvencia sea castigada penalmente, sin haber sido siquiera considerada en sede civil por no concurrir los dos presupuestos exigidos para ello (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La calificación del concurso y responsabilidades derivadas”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1364: “La limitación de los supuestos en que debe abrirse la sección de calificación no es coherente con la nítida separación entre el ilícito civil que se depurará en este trámite y la consideración jurídico-penal de las mismas conductas. Dada la vigencia de los tipos penales, siempre será posible, aunque difícil, que una concreta actuación seguida en relación con el origen o agravamiento del estado de insolvencia pueda merecer el reproche penal y, pese a ello, no ser ni siquiera objeto de consideración en el plano civil pues, por no alcanzarse las quitas y esperas dispuestas en el artículo 167.1.1º LC, no pueda abrirse la sección de calificación en el concurso”; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., p. 75: “Este alcance limitado de la calificación y de las consecuencias jurídico-sancionadoras no oculta que la pretensión del legislador es la de fomentar al máximo las solicitudes voluntarias de concurso de acreedores y únicamente proyectar efectos sancionadores frente a conductas que entrañan un grave incumplimiento de deberes normativos, dejando al margen aquellas que, aun hipotéticamente pudiendo generar o agravar la insolvencia, quedan excluidas porque no se cumple ninguno de los dos presupuestos previstos en el art. 163 LC: ni la quita

Realizadas estas primeras observaciones y entendido cuál es el fundamento de la calificación concursal, procedemos a continuación a estudiar con detalle los aspectos que necesariamente hemos de conocer para comprender las singularidades que plantea nuestro concreto supuesto de hecho en sede de calificación.

1. El concurso culpable.

El juez de lo mercantil ha de expresar en la sentencia de calificación si el concurso es fortuito o culpable, aunque solo en este último supuesto habrá de enunciar las causas que han determinado tal calificación. Hay que señalar que la Ley concursal no ofrece un concepto de concurso fortuito, de tal manera que esta calificación únicamente procede cuando no concurren los presupuestos de culpabilidad. Entiende la Ley que el concurso es culpable cuando hubiera mediado dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, así como en los demás supuestos previstos en los artículos 164.2 y 165 de la Ley.

1.1. La cláusula general de culpabilidad.

La Ley Concursal contiene en el artículo 164.1 una cláusula general de calificación culpable del concurso, en base a la cual se establecen en los artículos 164.2 y 165 una serie de supuestos concretos de calificación⁴³⁶. La cláusula general de

es superior al tercio del importe de los créditos, ni la espera es superior a tres años ni se ha producido la apertura de la fase de liquidación. Y todo ello, con independencia de que las situaciones que no se comprenden en las dos hipótesis contempladas legalmente pudieran, sin embargo, tener consecuencias penales si concurren los requisitos del art. 260 CP”).

⁴³⁶ Esta tesis ha sido sin embargo criticada por parte de la doctrina. Si bien es cierto que la algunos de los hechos especificados en los artículos 164.2 y 165 de la Ley están en condiciones de comportar una generación o agravación de la insolvencia, también lo es que otros, en la medida que son conductas que únicamente pueden tener lugar con posterioridad a la declaración de concurso, suponen necesariamente una excepción al criterio general de calificación culpable de concurso. Piénsese en los supuestos de inexactitud grave en los documentos presentados en el concurso o presentación de documentación falsa (art. 164.2.2 LC), o de incumplimiento del convenio debido a causa

culpabilidad exige la concurrencia de tres elementos: (1) un elemento objetivo: el estado de insolvencia; (2) un elemento subjetivo: una conducta realizada a título de dolo y culpa grave, y (3) un elemento causal entre la referida conducta y la causación o agravación de la insolvencia del deudor⁴³⁷.

imputable al concursado (art. 164.2.3 LC). Desde este punto de vista, se ha indicado en la doctrina que los mencionados hechos son causas de calificación de concurso culpable ajenas a la cláusula general del art. 164.1 y en este sentido, podría pensarse que es excesivo o desproporcionado la imposición de una sanción de inhabilitación o la posible condena por responsabilidad concursal por una conducta que ha tenido lugar no antes de la declaración de concurso, sino ya en sede concursal. Véase: ALCOVER GARAU, GUILLERMO, “La calificación culpable por generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave (artículo 164.1 de la Ley Concursal)”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 140 y 141; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 47/2009 (recurso núm. 314/2008), Roj. núm. 1816/2009, de 29 de enero de 2009: *“Si bien conforme a los criterios de calificación previstos en el art. 164.2 y 165 LC es posible juzgar culpable el concurso conforme a determinadas conductas posteriores a la declaración de concurso [incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado (art. 164.2.3ª LC) e incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal, así como inasistencia a la junta de acreedores (art. 165.2 LC), ello constituye una excepción a la regla general, según la cual con la calificación se juzga la actuación del deudor y, en su caso, de los cómplices anterior a la declaración de concurso. Esta regla general se cumple plenamente cuando se aplica el criterio de calificación del art. 164.1 LC, que atiende a las actuaciones que han podido generar la insolvencia o agravarla, siempre, se entiende, antes de su declaración, pues, con posterioridad, el juzgado ya ha tomado las medidas legales de limitación de facultades patrimoniales, en nuestro caso con la intervención de la administración concursal. De tal modo que los actos posteriores, en la medida en que debieron ser intervenidos por la administración concursal, [...] son ajenos al enjuiciamiento de la calificación concursal. Así pues, la conducta imputada a la administradora de la sociedad no puede fundar la calificación culpable del concurso al amparo del art. 164.1 LC por dos motivos: en primer lugar, porque se trata de una actuación posterior a la declaración de concurso; y, en segundo lugar, porque difícilmente puede ahora la administración concursal valorarla como gravemente negligente, cuando ha permitido su realización bajo su intervención”*.

⁴³⁷ Entre otros muchos, MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pp. 88-94; ALCOVER GARAU, GUILLERMO, “La calificación culpable...”, cit., pp. 142 y ss.; ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO, “La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones”, en GARCÍA-CRUCES GOZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 31 y ss.; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 164. Concurso

culpable”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1774-1793; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit. pp. 111 y ss.

También la jurisprudencia se ha referido a estos elementos. Entre otras sentencias, pueden citarse las siguientes: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 185/2015 (recurso núm. 952/2013), Roj. núm. 1409/2015, de 10 de abril de 2015: *“El art. 164.1 LC establece, como criterio general, para calificar el concurso como culpable, la existencia de una conducta en la que hubiera mediado dolo o culpa grave y hubiera generado o agravado el estado de insolvencia. Nuestro actual sistema concursal no renuncia a la técnica de presunciones de fraudulencia o de culpabilidad que articularon los códigos de comercio de 1829 y 1885, y así, en los arts. 164.2 y 165 LC establecen unos comportamientos tipo que facilitan al juez la valoración de la conducta del concursado, a los que, en unos casos presume iuris et de iure y en otros iuris tantum la concurrencia de los dos factores que integran el criterio general de culpabilidad: el dolo o culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia. No es que los hechos base que contemplan los arts. 164.2 y 165 LC constituyan un “numerus clausus” de conductas a las que pueda atribuirse unos criterios de imputabilidad de la insolvencia culpable, sino que el art. 164.1 LC, como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso como culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurran los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso”*; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 257/2011 (recurso núm. 520/2010), Roj. núm. 12927/2011, de 16 de septiembre de 2011, en la que se expone lo siguiente: *“Conforme al artículo 164.1 de la Ley Concursal, el concurso se calificará como culpable: “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho”. Del citado precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son los siguientes: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve; 4) nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado de insolvencia”*; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 6ª), (recurso núm. 973/2010), Roj. núm. 119/2011, de 30 de junio de 2011: *“(…) podemos señalar que son tres los presupuestos o elementos de la declaración culpable del concurso, cuales son: 1. – presupuesto fáctico u objetivo, consistente en la conducta o actuación activa u omisiva del deudor común, representante legal y si es persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de derecho o hecho; 2.- elemento causal, en cuanto aquellas conductas han de estar unidas casualmente a la causación o agravación del estado de insolvencia; y 3.- la concurrencia de dolo o culpa grave en la conducta del deudor o personas a quienes se atribuya aquella conducta y a que se refiere el Art. 164.1 L.Co. y en el resultado producido”*.

En primer lugar, en cuanto al elemento objetivo consistente en el estado de insolvencia del deudor⁴³⁸, el juez del concurso ha de valorar y determinar la concurrencia de esta circunstancia objetiva de acuerdo con los presupuestos del artículo 2 de la Ley concursal, para de este modo, proceder en su caso a la declaración formal de concurso del deudor. El citado precepto reconoce que el deudor se encuentra en estado de insolvencia patrimonial cuando no puede cumplir regularmente las obligaciones que le son exigibles. Es decir, se ha concebido que desde el punto de vista jurídico, la insolvencia del deudor no se identifica necesariamente con una iliquidez o con un desequilibrio contable, esto es, un escenario en el que haya un pasivo superior al activo, sino más bien con la imposibilidad del deudor de satisfacer las deudas que tiene con acreedores al momento de su vencimiento, por no disponer de bienes ni de crédito suficientes.

En segundo lugar, se exige que la conducta haya sido realizada a título de dolo o culpa grave. En este sentido, uno o varios de los sujetos que de acuerdo con la Ley concursal pueden quedar afectados por la calificación ha de haber llevado a cabo una actuación u omisión con dolo o culpa grave que produzca como resultado la causación o la agravación del estado de insolvencia del deudor.

La noción de dolo que se ha acogido en el ámbito del Derecho concursal es la seguida en el ámbito del Derecho civil. Desde esta perspectiva, el dolo se equipara con la mala fe y viene integrado por un elemento volitivo y por otro elemento intelectual, en la medida de que el sujeto actúa con la intención y con la consciencia

⁴³⁸ Sobre el concepto de insolvencia del deudor: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 164. Concurso culpable”, cit., 1779 y 1780; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 132 y ss.; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, primera edición, Madrid, 2012, pp. 147-192; PULGAR EZQUERRA, JUANA, *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2000; ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ, “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 164-183.

de que su conducta representa un acto antijurídico que dará lugar al referido resultado dañoso⁴³⁹.

Junto con el dolo, la noción de culpa grave en sede del Derecho concursal se ha construido también siguiendo el criterio general civil, previsto en este caso en los artículos 1104 y 1105 del Código civil⁴⁴⁰. De este modo, la culpa grave se ha entendido como una modalidad agravada de la negligencia, es decir, como un incumplimiento involuntario del deber de diligencia que pesa sobre los autores de la acción dañosa⁴⁴¹. No obstante, para una adecuada valoración concursal de la

⁴³⁹ MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pp. 88 y 89; PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, editorial Comares, Granada, 2002, pp. 422 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *La calificación...*, cit., 31-32; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., p. 114.

La jurisprudencia se ha referido a la noción de dolo en numerosas ocasiones. Entre otras sentencias, podemos señalar las siguientes: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 6ª), (recurso núm. 973/2010), Roj. núm. 119/2011, de 30 de junio de 2011: *“El citado artículo 164.1 de la Ley Concursal exige que la indicada causación o agravación de la insolvencia lo sea por dolo o culpa grave del deudor; elemento subjetivo o intencional de la conducta activa u omisiva que debe concurrir para la declaración del concurso como culpable; debiendo entender por dolo la malicia, voluntariedad y mala fe en el resultado de causación o agravación de la insolvencia”*; Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1962, de 27 de abril de 1973 y de 19 de mayo de 1973: *“(...) el dolo coincide con la mala fe, para cuya existencia no se precisa la intención de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, con la conciencia de que su conducta realiza un acto jurídico”*.

⁴⁴⁰ El art. 1104 CC establece que: *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”*; y el art. 1105 establece que: *“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*.

⁴⁴¹ MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pp. 89-92; PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, *La culpabilidad...*, cit., pp. 435 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *La calificación...*, cit., p. 32; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., p. 114 y 115.

conducta, es fundamental poner en relación el referido régimen común con otra serie de normas específicas. Por un lado, con las normas que de forma particular regulen el estándar de diligencia exigible al autor de la conducta en atención a su actividad, y por otro lado, con los concretos supuestos de culpabilidad que el legislador concursal ha facilitado en los artículos 164.2 y 165 de la Ley.

El tercer y último elemento que compone la cláusula general se concreta en la vinculación o nexo causal entre la conducta dolosa y culposa del concursado y la generación o agravación del estado de insolvencia⁴⁴². Es decir, no es suficiente para la calificación culpable del concurso que el deudor haya actuado con dolo o culpa grave, sino que es necesario que tal comportamiento haya generado o agravado la insolvencia, independientemente de cuál sea la entidad o el grado de dicha agravación.

En la jurisprudencia, pueden distinguirse las siguientes sentencias: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 6), (recurso núm. 973/2010), Roj. núm. 119/2011, de 30 de junio de 2011: *“(...) siendo culpa grave aquel comportamiento no voluntario en la infracción de la norma de conducta ni en el resultado producido, pero integrada por una vulneración de la diligencia exigible en cuanto impuesta por normas jurídicas que contienen normas de comportamiento básico en cuanto exigibles de cualquier persona, para distinguir tal comportamiento de la culpa leve o levísima”*; Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), resolución núm. 45/2018 (recurso núm. 427/2017), Roj. núm. 209/2018, de 8 de febrero de 2018: *“La culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor. El Tribunal Supremo la define como “la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podía haberse evitado un resultado querido”*.

⁴⁴² MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., p. 92; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., p. 116.

En la jurisprudencia puede destacarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1ª), resolución núm. 95/2012 (recurso núm. 77/2012), Roj. núm. 129/2012, de 24 de julio de 2013, en la que se desestima la calificación culpable del concurso por no concurrir el nexo causa entre la conducta y el resultado de insolvencia: *“En nuestro caso es calificado el concurso de culpable por la vía del art. 164.1º, nos encontramos por tanto de acuerdo con la terminología tradicional empleada por el Tribunal Supremo, ante un tipo de daño. Por tanto, no basta la concurrencia de la conducta, es necesaria la acreditación de un daño que consiste en la agravación de la situación de insolvencia”*.

En coherencia con todo lo hasta aquí expuesto, esta cláusula general se formula como un tipo abierto. Es decir, no estamos ante un precepto cuya operatividad se restrinja o quede sujeta a los hechos establecidos en los mencionados artículos, sino que permite la calificación culpable del concurso y en consecuencia, la atribución de sanciones civiles en otros supuestos en los que concurre dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia. Esta cláusula general supone por tanto, un aumento de la discrecionalidad del juez en la valoración de la conducta del actor del resultado dañoso en aquellos casos no contemplados de forma particular en los artículos 164.2 y 165.

1.2. Los supuestos legales de concurso culpable.

El artículo 164.2 de la Ley Concursal establece expresamente que: “En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos”. A continuación se enumeran una serie de conductas que realizadas en fase concursal o en una fase anterior a la misma, se entiende que han incidido o contribuido en la causación o en la agravación de la insolvencia y que además, por los elementos que las configuran, han transgredido gravemente los estándares de diligencia y contravenido las reglas de la buena fe. Son conductas que por su propio significado, alteran el estado patrimonial y económico del deudor concursado. Ello con la consecuencia concursal de que si se logra probar la existencia de uno de estos hechos y la imputabilidad del mismo a su autor, el concurso habrá de ser inevitablemente calificado como culpable, eliminando de esta manera la discrecionalidad judicial en lo que se refiere a la concurrencia en el supuesto de hecho de los elementos objetivo, subjetivo y causal de la cláusula general⁴⁴³. Esto significa, en otras palabras, que una vez el Ministerio Fiscal y/o la

⁴⁴³ Entre otras: Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), resolución núm. 471/2019 (recurso núm. 89/2019), Roj. núm. 1024/2019, de 25 de junio de 2019: “El éxito de la pretensión requiere que la AC y/o MF acrediten la existencia de alguna de las conductas descritas en el precepto, sin necesidad de razonar ni probar sobre la concurrencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, ni sobre la relación de causalidad entre la conducta descrita e imputada a la/s persona/s afectadas y la causación o agravación de la insolvencia, puesto que la ley presume una y otra, sin admitir prueba en contrario cuando se acredite la existencia de alguna de las conductas descritas en el

administración concursal hayan verificado en el concurso la existencia de alguno de los hechos enumerados en la referida disposición y hayan probado asimismo que el concreto hecho es imputable al concursado o a un sujeto relacionado con él, el juez procederá directa y automáticamente a calificar el concurso como culpable, sin admitir prueba en contrario con respecto a la calificación⁴⁴⁴.

Conviene apuntar que tradicionalmente los hechos de calificación enumerados en este artículo se han concebido por gran parte de la jurisprudencia y de la doctrina como presunciones *iure et de iure* de culpabilidad en cuanto que no admiten prueba en contrario⁴⁴⁵; ello pese a que el legislador se refiere a los mismos como supuestos de culpabilidad y no como presunciones^{446 y 447}.

precepto"; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 575/2017 (recurso núm. 1380/2015), Roj. núm. 3750/2017, de 24 de octubre de 2017: *"Esta causa de calificación, como el resto de las causas reseñadas en el art. 164.2 LC, se funda en la tipificación de una serie de conductas, cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave"*; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 231/2007 (recurso núm. 596/2006), Roj. núm. 8378/2007, de 27 de abril de 2007: *"De acuerdo con el segundo criterio, el art. 164.2 LC (...) que comienza afirmando que "En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)". Esta expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador"*.

⁴⁴⁴ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., pp. 120 y 121.

⁴⁴⁵ Algunos de los autores que han utilizado esta denominación son: MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pp. 93 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, "Artículo 164. Concurso Culpable", en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2525 y ss.

También son muchas las sentencias que se refieren a los hechos del artículo 164.2 como presunciones *iure et de iure*, entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 174/2014 (recurso núm. 1472/2012), Roj. núm. 1228/2014, de 27 de marzo de 2014; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 2753/2018 (recurso núm. 149/2016), Roj. núm. 2753/2018, de 9 de febrero de 2018; Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), resolución

núm. 249/2019 (recurso núm. 7533/2018), Roj. núm. 847/2019, de 21 de marzo de 2019; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 138/2012 (recurso núm. 392/2011), Roj. núm. 13211/2012, de 7 de mayo de 2012; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Sección 1ª), resolución núm. 119/2019 (recurso núm. 219/2019), Roj. núm. 633/2019, de 9 de abril de 2019; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (Sección 2ª), resolución núm. 88/2019 (recurso núm. 241/2018), Roj. núm. 537/2019, de 2 de mayo de 2019; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 6ª), (recurso núm. 609/2013), Roj. núm. 196/2019, de 22 de enero de 2019.

⁴⁴⁶ Así lo ha considerado también el Alto Tribunal por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 614/2011 (recurso núm. 1155/2008), Roj. núm. 8004/2011, de 17 de noviembre de 2011: *“los supuestos del apartado 2 del art. 164 LC no lo son de “presunciones” de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo revela la expresión inicial “En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes:...”. Por consiguiente, cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 determina irremediabilmente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación. En este sentido ya se manifestó esta Sala en la Sentencia de 6 de octubre de 2011, núm. 644, cuando declara que en el segundo de los dos criterios que la LC establece para la calificación de concurso culpable –el del art. 164.2- (el otro es el del art. 164.1) “la calificación es ajena a la producción del resultado de generación o agravación de la insolvencia y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma”;* Con carácter anterior a la referida sentencia del Tribunal Supremo, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 173/2007 (recurso núm. 653/2006), Roj. núm. 4821/2007, de 19 de marzo de 2007, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 231/2007 (recurso núm. 596/2006), Roj. núm. 8378/2007, de 27 de abril de 2007 en las que el Ponente Ignacio Sancho Gargallo expone que: *“el art. 164.2 tipifica una serie de conductas, cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de su dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave”.*

⁴⁴⁷ La utilización de una u otra denominación parece irrelevante siempre que se tenga presente que en términos procesales, la presunción permite dar por probado un hecho en virtud de otro hecho indicio o base que ha quedado plenamente probado o acreditado. Si esto es así, en nuestro caso, el hecho presunto se deduce de un hecho indicio o base que se concreta en cada uno de los ilícitos civiles enumerados en el artículo 164.2 de la Ley Concursal. En este sentido, como hemos señalado anteriormente, si bien se exige al juez de probar la calificación culpable del concurso (hecho presunto), el Ministerio Fiscal y/o la administración concursal sí habrán de probar la existencia del ilícito civil y/o de su imputabilidad (hecho base o indicio), pudiendo el concursado en este sentido aportar prueba en contrario frente a la resolución adoptada por las referidas partes (Véase:

Los hechos o conductas que de acuerdo con el artículo 164.2 de la Ley concursal constituyen supuestos legales de concurso culpable son los siguientes: defectos en la contabilidad, falsedad e inexactitud grave en la documentación acompañada o presentada, incumplimiento del convenio imputable al concursado, alzamiento perjudicial para los acreedores, salida fraudulenta de bienes o derechos, y simulación de una situación patrimonial ficticia.

Ya sabemos que la irregularidad contable y la salida fraudulenta de bienes constituyen los supuestos legales que normalmente han determinado la

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “La calificación del concurso y...”, cit., pp. 1367 y 1368: *“De ahí que no pueda articularse prueba en contra si no es para negar la realidad de los hechos que toma en consideración la norma presuntiva. Pero, también, no estará de más hacer alguna precisión que pudiera tener importantes consecuencias prácticas. Así, (...), me parece que ha de insistirse en la necesidad de imputación al deudor común de alguno de los supuestos de hecho que se contemplan en las distintas presunciones sancionadoras en la norma”*. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), resolución núm. 471/2019 (recurso núm. 89/2019), Roj. 1024/2019, de 25 de junio de 2019: *“(…) cuando la AC y el MF acrediten cualquiera de las conductas descritas en el precepto, el esfuerzo probatorio y argumentativo de la concursada que sostenga que el concurso es fortuito, deberá dirigirse a negar la realidad de la misma, no la ausencia de dolo o culpa en la generación o agravación de la insolvencia”*). Lo que no nos parece correcto es admitir aquella otra tesis que interpreta la locución “en todo caso” en el sentido de eximir al Ministerio Fiscal y/o a la administración concursal de probar la existencia y la imputabilidad del hecho al autor, pues no basta la constatación del hecho para que el concurso se califique directamente como culpable (Véase: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *La calificación...*, cit., p. 39, y en *Jurisprudencia y concurso*, op. cit., p. 1368: *“Resulta evidente que, en razón de su significado como presunciones iure et de iure, no resultará preciso acreditar la culpa grave o el dolo de aquel sujeto en la causación o empeoramiento del estado de insolvencia pero, además, la prueba de que su conducta no pueda calificarse de tal modo en atención a la diligencia desplegada es irrelevante. Ahora bien, de lo anterior no puede derivarse la –a mi juicio– errónea conclusión de que basta con que se produzca el supuesto de hecho para que la calificación del concurso devenga necesariamente en culpable. Entiendo que, en todo caso, resulta preciso que el hecho considerado en la presunción de que se trate se impute o pueda imputarse al deudor común o a sus administradores y liquidadores. Si (...) no puede atribuirse al deudor común o a sus administradores o liquidadores, la presunción no resultará operativa, impidiéndose la calificación del concurso como culpable si la misma tan sólo se justificara en la concurrencia de aquellos hechos”*). Este proceder supondría además, una vulneración al principio constitucional de defensa judicial del concursado (art. 24 CE) (Véase: MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pp. 94-99).

calificación culpable del concurso en un escenario de *cash pooling*. En su estudio nos detendremos más adelante.

1.3. Presunciones *iuris tantum* de culpabilidad.

Por otra parte, el artículo 165 establece una serie de presunciones *iuris tantum* de culpabilidad, cuya constatación conduce a la calificación culpable del concurso, salvo que el deudor o las personas afectadas logren destruir la presunción⁴⁴⁸. La diferencia de tales hechos con respecto a los contenidos en el artículo 164.2 reside en que los que ahora estudiamos no solo admiten una prueba en contra de su existencia y de su imputación al autor sino además, una prueba en la que pueda constatarse la improcedencia de la presunción de culpabilidad por causa de no concurrir en el particular escenario alguno de los elementos objetivo, subjetivo y causal exigidos por la cláusula general del artículo 164.1 LC. En este sentido, se contempla la posibilidad de que el concursado o cualquiera de las personas afectadas impugne el estado de insolvencia del deudor, demuestre que en la perpetración del concreto acto dañoso no ha concurrido dolo o culpa grave, o bien pruebe la ausencia de un nexo causal entre la realización del acto y la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Para ahondar en el significado y contenido del artículo 165 LC, véase: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 165. Presunción de culpabilidad”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1793-1800; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación...*, cit., pp. 177 y ss.; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 142 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, “Las presunciones relativas de dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal”, en ROJO, ÁNGEL/CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 175 y ss.; GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “La calificación del concurso y ...”, cit., pp. 1372 y ss.

⁴⁴⁹ La destrucción de la presunción de culpabilidad con motivo de esta última causa ha suscitado algunas dudas en la doctrina. Se ha observado que la mayoría de las presunciones de culpabilidad enumeradas en el referido artículo 165, por su propio significado, no están en condiciones de causar o agravar el estado de insolvencia del deudor. Piénsese por ejemplo en la presunción de culpabilidad consistente en el incumplimiento de los deberes de colaboración del deudor concursado, o en el

Las presunciones *iuris tantum* de culpabilidad que contiene el artículo 165 son las siguientes: incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso, incumplimiento del deber de colaboración del deudor en el concurso, incumplimiento de los deberes materiales en relación con las cuentas anuales, y la obstaculización preconcursal del acuerdo de refinanciación o extrajudicial de pagos.

Como puede observarse, tales presunciones, por su propio significado, tanto pueden tener lugar en un sistema de *cash pooling* como en cualquier otro escenario. Es decir, en nada influye en su apreciación las particularidades que

incumplimiento de los deberes materiales relacionados con la llevanza de contabilidad y la formulación de las cuentas anuales. En efecto, la existencia de estos sucesos no en todos los casos guarda una relación con la generación o agravación del estado de insolvencia (Véase: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 656/2017 (recurso núm. 1759/2015), Roj. núm. 4267/2017, de 1 de diciembre de 2017 lo siguiente: “*En sentencias anteriores, hemos afirmado que el art. 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del art. 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1, todos ellos de la Ley Concursal. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción iuris tantum [que permite en contrario] que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia (...). Es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en el art. 165.2 de la Ley Concursal, para que el afectado por la petición de calificación del concurso como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada. Pero no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el art. 165.2 (actual 165.1.2ª) de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal*”). Desde esta perspectiva, han señalado algunos autores que una solución o medio adecuado para impedir que el deudor o personas relacionadas aleguen de forma estratégica la ausencia de la referida relación causal con el fin de eludir la calificación culpable del concurso, podría ser que esta causa únicamente se reconociese o admitiese en la presunción de culpabilidad consistente en el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, cuya concurrencia sí mantiene una efectiva relación causal con la alteración del estado patrimonial del deudor (Véase: MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., pp. 181 y 182).

definen el funcionamiento de un *cash pooling*, como pueden ser las transferencias periódicas de fondos entre sociedades o la contabilidad centralizada. Por ello, como ya hemos señalado, en este trabajo solamente abordaremos los supuestos legales de culpabilidad consistentes en la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor y en la irregularidad contable.

2. Aspecto subjetivo de la calificación concursal.

La sentencia que califique el concurso como culpable ha de contener, entre sus diversos pronunciamientos, la delimitación de los sujetos sobre los que recaerán las consecuencias concursales vinculadas a dicha calificación. Entre estos sujetos figuran el deudor concursado, las personas afectadas por la calificación, y los cómplices de los anteriores⁴⁵⁰. El diferente grado de poder o capacidad que tiene cada uno de los referidos grupos de sujetos para influir en el estado patrimonial del deudor y por tanto, en el resultado dañoso para los acreedores constituye la causa por la que la Ley, como luego veremos, ha concretado una serie de sanciones distintas para cada categoría de sujetos.

En este sentido, el artículo 172.2.1º de la Ley realiza una clara distinción entre las personas afectadas por la calificación del concurso y los cómplices⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 5: Liquidación concursal, conclusión y reapertura del concurso, calificación del concurso supuestos especiales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4916 y ss.

⁴⁵¹ Conviene apuntar que la figura del propio deudor concursado queda necesariamente fuera de la categoría de las personas afectadas por la calificación. Obsérvese que de acuerdo con el artículo 76 de la Ley concursal, relativo al principio de universalidad de la masa activa del concurso, ésta viene configurada por todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, así como por los que se reintegren al mismo o se adquieran hasta la conclusión del procedimiento. En este sentido, como acertadamente ha señalado la doctrina, no tiene sentido que se le imponga al deudor concursado, las sanciones patrimoniales previstas para las personas afectadas por la calificación (Véase: MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit., p. 100).

En primer lugar, se considera que son personas afectadas por la calificación aquellas que tienen poder suficiente para influir en la toma de decisiones de una determinada persona física o jurídica, de forma que haciendo uso de esta posición, hubieran realizado con dolo y culpa grave un acto que ha derivado en la causación o agravación del estado de insolvencia de la persona representada⁴⁵². En esta medida, la conducta supone la imposición de una serie de efectos personales y patrimoniales que habrán de especificarse en la misma sentencia de calificación. Respecto a lo que ahora nos interesa, según lo dispuesto en los artículos 164.1 y 172.2.1º de la Ley, pueden ser personas afectadas por la calificación en el concurso de las personas jurídicas: los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2⁴⁵³.

En segundo lugar, a la luz de lo establecido en el artículo 166 de la Ley concursal, se considera que son cómplices aquellos que con dolo y culpa grave han cooperado

⁴⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), resolución núm. 45/2018 (recurso núm. 427/2017), Roj. núm. 209/2018, de 8 de febrero de 2018: *“La calificación del concurso como culpable se conecta con un criterio subjetivo de imputación de responsabilidad, de culpabilidad cualificada (dolo o culpa grave), voluntad en el ánimo de dañar y omisión de la diligencia debida ex. artículo 1104 del Código Civil, no solo comparativamente con la media que se espera de una persona normal, sino con la específica de un ordenado comerciante o representante legal y con un concreto resultado, cual es “la generación o agravación del estado de insolvencia”, actual o inminente, art. 2.2.2º de la LC, todo ello en relación de causalidad”.*

⁴⁵³ MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., p. 170; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “Calificación del concurso”, en QUINTANA CARLO, IGNACIO/ BONET NAVARRO, ÁNGEL/ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 570 y 571; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, p. 1829; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Concurtido, cómplices y personas afectadas...”, cit., pp. 4916 y ss., y en *Jurisprudencia y concurso*, cit., p. 1388.

con el deudor o con las personas afectadas por la calificación en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. La ausencia de una acción directa por parte de estos sujetos en la causación o agravación del estado patrimonial del deudor es la razón por la cual el legislador concursal les ha eximido de ciertas sanciones que tan solo son atribuibles a las persona afectadas: la inhabilitación y la condena responsabilidad concursal⁴⁵⁴.

Realizadas estas observaciones, examinaremos los elementos que caracterizan la conducta de aquellos sujetos que por su posición y su poder en la toma de decisiones dentro de la empresa y del grupo, y más concretamente en el funcionamiento del sistema de gestión centralizada, pueden influir de forma dolosa y gravemente culposa en el estado patrimonial del deudor, provocando en consecuencia la calificación culpable del concurso. De este modo, nos referiremos más adelante y particularmente al administrador de derecho y al administrador de hecho, que en la mayor parte de las ocasiones coincide con la figura del socio mayoritario. Para ello, nos haremos servir de varias sentencias dictadas por nuestros Tribunales en el preciso contexto de un *cash pooling*.

3. Efectos personales y patrimoniales de la calificación culpable.

El artículo 172 de la Ley concursal establece un conjunto de sanciones de carácter personal y patrimonial encaminadas a castigar a los sujetos que con ocasión de un

⁴⁵⁴ Para profundizar en la figura del cómplice, véase: MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, op. cit., pp. 171-174; GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, "Concurtido, cómplices y personas afectadas...", cit., 4918 y 4919, y también en *La calificación del concurso*, cit., p. 141; ALCOVER GARAU, GUILLERMO, "La calificación concursal y los supuestos de complicidad", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, p. 134; MORALEJO MÉNDEZ, IGNACIO, "El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 91 y 92; ARÁNTZAZU ORTIZ, "Los cómplices en el concurso de acreedores", en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 433 y ss.

acto realizado con dolo o culpa grave hubieran ocasionado o agravado el estado de insolvencia del deudor.

3.1. Sanción con carácter personal: la inhabilitación.

La inhabilitación es una sanción personal que se impone al concursado y a las personas afectadas por la calificación culpable, con la finalidad de evitar que estos sujetos administren patrimonios ajenos o representen a cualquier persona en el tráfico jurídico y económico⁴⁵⁵. Se excluye de la previsión legal a los cómplices.

Como ya expresábamos antes, la imposición de una sanción civil como ésta confirma, por un lado, la función sancionadora que caracteriza la sección de calificación, y por otro, la función preventiva del interés público presente en todos los concursos de acreedores. En efecto, con la inhabilitación se logra castigar las conductas que son contrarias al interés público, así como apartar del tráfico a las personas que carecen de capacidad para gestionar bienes ajenos o para representar a terceros y que además, en el desempeño de su actividad, han actuado de manera fraudulenta⁴⁵⁶. El efecto directo de esta sanción es el cese de las personas afectadas por la calificación de los cargos de dirección, gestión y representación⁴⁵⁷. La sanción de inhabilitación podrá imponerse por un periodo de

⁴⁵⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y concurso*, cit., pp. 1395-1397; GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, “La inhabilitación como efecto de la calificación culpable del concurso”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012, pp. 175 y ss.; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., pp. 285-289; FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, “Consideraciones en torno a la inhabilitación tras la Ley 38/2011”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 451-465; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 177 y ss.

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 285; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., p. 178.

⁴⁵⁷ En la medida en que este cese puede ocasionar un inadecuado funcionamiento del órgano de administración o liquidación, se ha previsto en el ordenamiento un deber de la

entre dos a quince años, atendiendo en todo caso a la gravedad de los hechos, a la entidad del perjuicio y a la declaración culpable en otros concursos (art. 172.2.2º LC)⁴⁵⁸ y ⁴⁵⁹. En este sentido, será nulo cualquier acto realizado por el inhabilitado durante el periodo al que alcance la sanción (art. 6.3 CC).

administración concursal de convocar a la junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hubieran de cubrir las vacantes de los inhabilitados (art. 173 LC). No obstante, la sanción puede quedar en suspenso si se comprueba que esta solución va a beneficiar los intereses de los acreedores. La medida se prevé excepcionalmente en casos de convenio, para favorecer y preservar su cumplimiento (Véase: MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 287; FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, “Consideraciones en torno...”, cit., pp. 454-459). Se observa cómo la misma está orientada a garantizar el interés privado de los acreedores sobre el interés público del concurso.

⁴⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 327/2015 (recurso núm. 1449/2013), Roj. núm. 2451/2015, de 1 de junio de 2015: “*Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad en la fijación de la duración de la inhabilitación del concurso como culpable. La función de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de recurso de casación, salvo casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el tribunal de instancia resuelva el tema de que se trata de forma caprichosa, desorbitada e injusta*”.

⁴⁵⁹ Téngase presente que de acuerdo al principio de justicia rogada, el juez necesariamente ha de pronunciarse sobre el efecto de la inhabilitación, aunque la administración concursal o el Ministerio Fiscal no lo hubieran solicitado. No obstante, en estas circunstancias, el juez podrá acordar la sanción por un periodo superior al mínimo legalmente establecido que es de dos años (Véase: FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, “Consideraciones en torno...”, cit., p. 463-465; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 128/2015 (recurso núm. 1331/2013), Roj. núm. 1407/2015, de 18 de marzo de 2015: “*Cuando no se ha solicitado la inhabilitación a que se refiere el art. 172.2.2º LC por ninguna de las partes legitimadas a quienes se les encomienda la formulación de las pretensiones en la sección de calificación (la administración concursal y el ministerio fiscal), en forma de propuesta de resolución (ex art. 169.1 LC), el Juez, de acuerdo con el principio de justicia rogada (art. 216 LEC), no puede condenar más allá del mínimo legalmente establecido, es decir, dos años*”).

3.2. Sanciones con carácter patrimonial: pérdida de derechos, devolución de bienes e indemnización de daños y perjuicios causados.

Como ya hemos avanzado, junto a la sanción civil de inhabilitación, el ordenamiento concursal establece un conjunto de sanciones con carácter patrimonial encaminadas a incrementar la masa activa del concurso con la que se procederá a satisfacer los créditos de los acreedores. Así, en el artículo 172.2.3º de la Ley concursal se prevé en primer lugar, la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa; en segundo lugar, la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa; y en tercer lugar, la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados⁴⁶⁰.

De acuerdo con el primer efecto patrimonial, las personas afectadas y los cómplices perderán cualquier derecho que tuvieran en el concurso bien como acreedores concursales, bien como acreedores contra la masa⁴⁶¹. Ello con independencia de que el bien hubiera sido adquirido con ocasión del acto ilícito realizado o en un momento anterior al mismo, y también al margen del grado de dolo o gravedad en la culpa del acto que hubiera generado o agravado la situación de insolvencia⁴⁶². El fundamento de esta medida es evitar que el que ha realizado

⁴⁶⁰ IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 467-480.

⁴⁶¹ MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 182 y 183; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 290; IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales...”, cit., pp. 471-474.

⁴⁶² MORALEJO MENÉNDEZ, IGNACIO, “El ámbito subjetivo...”, cit., pp. 65 y ss.; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Artículo 172”, cit., p. 1832.; IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales...”, cit., p. 473; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 290.

un acto ilícito, alterando de forma negativa el estado de insolvencia del deudor, sobre alguna cantidad en el concurso. En efecto, los créditos que tuvieran las personas afectadas se cancelan íntegramente, disminuyendo de este modo el número de acreedores que forman la masa pasiva.

El segundo efecto patrimonial se concreta en la imposición de una condena a las personas afectadas por la calificación y a los cómplices a devolver los bienes o derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor o recibidos de la masa activa⁴⁶³. En cuanto al primer supuesto, resulta oportuno indicar que los bienes y derechos habrán de devolverse en todos los casos a la masa activa, aunque éstos hubieran salido del patrimonio del deudor⁴⁶⁴. De acuerdo con el precepto, las personas afectadas y los cómplices no habrán de devolver todos los bienes y derechos, sino solo aquellos cuya obtención sea resultado de un acto

Al respecto de estas cuestiones puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 63/2009 (recurso núm. 304/2008), Roj. núm. 3705/2009, de 17 de marzo de 2009: *“La expresión legal del artículo 172.2.3º de la LC es rotunda –“la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la declaración o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa”- y no cabe ceñir su cuantía a la que pudiera relacionarse con una concreta actuación del administrador o cómplice merecedora de reproche. La extinción de derechos que se produce en estos casos es total como consecuencia de su participación, en una u otra medida y ya sea de forma directa o por mera colaboración, en la generación o agravamiento de la insolvencia en un contexto de concurso calificado como culpable”.*

⁴⁶³ IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales...”, cit., pp. 474 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *La calificación del concurso*, cit., p. 162; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 184 y 185; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 291 y 292; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Artículo 172”, cit., pp. 1832-1834.

⁴⁶⁴ Téngase en cuenta que tanto si los bienes o derechos han salido del patrimonio del deudor como si han salido de la masa activa, las personas afectadas o los cómplices siempre lo habrán de devolver a la masa activa. En este sentido; IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales...”, cit., p. 475: *“El tenor literal del precepto proclama que se tienen que devolver los bienes y derechos que estén en propiedad o en posesión del cómplice o persona afectada, tanto si hubieran salido antes de la declaración del concurso, como una vez que éste se hubiera declarado sea como fuere, se tienen que devolver a la masa activa, no al patrimonio de los acreedores puesto que esa masa es la que debe satisfacer a la totalidad de los aludidos acreedores que se sujetan al principio de la par condicio”.*

indebido⁴⁶⁵. Por último, obsérvese que este supuesto acentúa los efectos de la acción de reintegración concursal del artículo 71 de la Ley, ya que con su imposición se logra devolver a la masa activa aquellos bienes que por haber sido sustraídos del patrimonio del deudor en un periodo previo a los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso o después de la misma, no pudieron ser restituidos a la masa por medio de la acción de reintegración⁴⁶⁶. Por su parte, el segundo supuesto prevé la condena a devolver los bienes recibidos de la masa activa. Nótese que esta sanción afecta a los bienes sustraídos durante el proceso concursal, es decir, una vez formada la masa. De forma opuesta al supuesto anterior, en este caso el precepto no exige que el acto dispositivo que da lugar a la sanción tenga carácter indebido, de modo que ésta opera en cualquiera de las circunstancias⁴⁶⁷.

El tercer efecto patrimonial consiste en la obligación por parte de las personas afectadas y de los cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados al patrimonio del deudor concursado como resultado de conductas que, con dolo o culpa grave, hubieran generado o agravado el estado de insolvencia. Esta sanción se percibe en la actualidad como una sanción civil autónoma⁴⁶⁸, cuyo fundamento

⁴⁶⁵ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 487/2008 (recurso núm. 186/2008), Roj. núm. 12269/2008, de 30 de diciembre de 2008.

⁴⁶⁶ IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales...”, cit., p. 475; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 292.

⁴⁶⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga (Sección 1ª), (recurso núm. 19/2004), Roj. núm. 80/2006, de 22 de mayo de 2006: “Entendemos aplicable el término “indebidamente” solo en referencia a los bienes o derechos que tengan su origen en el patrimonio del deudor y no respecto de los bienes recibidos de la masa activa que supone pertenecen a la misma y por lo tanto deben ser reintegrados a esa sea cual sea el origen debido o indebido que hubieran tenido”.

⁴⁶⁸ Nótese que la indemnización por daños y perjuicios no gozaba de autonomía, sino que se configuraba como una condena accesoria en la medida que el art. 894 del Código de Comercio condenaba a los cómplices a la reintegración a la masa de los bienes, derechos y acciones sobre cuya sustracción hubiera recaído la declaración de complicidad, con intereses e indemnización de daños y perjuicios. Véase: MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 185-188.

reside en reparar los deterioros ocasionados a la masa activa del concurso y más concretamente, los causados a los créditos de los acreedores que integran la masa pasiva⁴⁶⁹. En este ámbito, la administración concursal, en base al artículo 48 *quáter* de la Ley concursal, podrá ejercitar las acciones del deudor concursado para reparar el daño y reconstruir de este modo el patrimonio social, entre ellas, la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del código civil, y la acción social de responsabilidad del artículo 238 de la Ley de sociedades de capital⁴⁷⁰. En definitiva, la condena de la indemnización por daños y perjuicios se configura como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria⁴⁷¹.

III. La calificación concursal y el contrato de *cash pooling*.

1. Conductas culpables.

Vistos los elementos que configuran el instituto de la sección de calificación y en particular, los que conducen a la calificación del concurso como culpable, podemos volver a nuestro supuesto de hecho para examinar el alcance o la incidencia que aquellos aspectos pueden tener en el concurso de una sociedad que participa en un contrato de *cash pooling*. En el escenario de este sistema de gestión, la irregularidad contable y la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio

⁴⁶⁹ MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., p. 187; IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales...”, cit., p. 477; PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Artículo 172”, cit., pp. 1834-1836.

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 295.

⁴⁷¹ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por el déficit concursal”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, BELÉN, *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, primera edición, Valencia, 2015, p. 2245: “Al ser una indemnización basada en el daño y la culpa, precisa de una acreditación concreta del daño, su imputación a la conducta que motivó la calificación culpable o la declaración de complicidad, y la valoración precisa del importe de la indemnización, que será objeto de condena en la sentencia, en los términos previstos en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

del deudor instituyen los hechos que con mayor frecuencia han ocasionado una calificación culpable del concurso.

1.1. Salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor en la proximidad a la insolvencia.

a) Caracteres generales.

El artículo 164.2.5º de la Ley concursal configura la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la declaración de concurso como un supuesto legal de culpabilidad.

Obsérvese que el precepto recuerda a las acciones de reintegración de la masa activa del artículo 71 de la Ley⁴⁷². La única diferencia es que el referido supuesto de concurso culpable exige la concurrencia de un acto fraudulento; circunstancia que no se considera esencial en el ejercicio de la acción rescisoria⁴⁷³. Se configuran éstas, la función reintegradora y el supuesto de culpabilidad, como consecuencias e instituciones concursales diferentes que pueden completarse. Es decir, la administración concursal podrá rescindir todo acto que estime perjudicial para la masa activa, y si además verifica que en la perpetración de ese acto ha existido fraude y que el mismo le es imputable a un sujeto determinado, habrá de ponerlo de manifiesto en la sección sexta con el fin de que el juez pueda proceder de forma automática a calificar el concurso como culpable, con motivo de esa salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor. Esto no quiere decir,

⁴⁷² Artículo 71.1 LC: *“Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”*.

⁴⁷³ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, *La rescisión concursal*, cit., p. 91; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración”, cit., pp. 31 y ss.

sin embargo, que la ausencia del ejercicio de la acción de reintegración impida la calificación culpable del concurso por aplicación del artículo 164.2.5º de la Ley⁴⁷⁴.

Al supuesto legal de calificación referido se le aplica la doctrina y jurisprudencia relativa al fraude de acreedores, en concordancia con los artículos 1111 y 1291 del Código civil⁴⁷⁵. En este sentido, se ha constatado que el término “fraude” comprende un elemento subjetivo consistente en el conocimiento, y otro elemento objetivo consistente en la lesión de los derechos de crédito de los acreedores, vinculados a la consecución de un resultado: la salida de bienes y derechos del patrimonio del deudor⁴⁷⁶. En efecto, en el fraude de acreedores, el deudor realiza la

⁴⁷⁴ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., pp. 166 y 167; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., p. 137.

⁴⁷⁵ Artículo 1111 CC: “Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; puede también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”. Artículo 1291 CC: “Son rescindibles: 3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”; Díez Pícazo, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, tomo II, cit.; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., p. 135: “En el fraude de acreedores, el deudor efectúa la transmisión teniendo, o debiendo tener, conciencia de que con ella perjudicará a los acreedores y el adquirente participa en la maquinación o conoce (o debiera conocer) su naturaleza lesiva”.

⁴⁷⁶ Entre muchos trabajos, pueden verse los siguientes: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Artículo 164. Concurso culpable”, cit., p. 1791 y ss.; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., pp. 169-172; MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, “Los hechos de concurso culpable (art. 164.2 LC)”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 169 y 170: “La salida fraudulenta del patrimonio de bienes o derechos no exige que el administrador concursal tenga que probar una intencionalidad fraudulenta en la conducta del deudor, sino un eventual conocimiento –o cognoscibilidad- del eventual perjuicio patrimonial derivado de esa salida de bienes con la que hacer pago a los acreedores, pudiéndose acudir al concepto de fraude que contienen los artículos 1111 y 1291 del Código Civil, siendo admisible la prueba de presunciones en los términos de los artículos 1297 de dicho texto legal (GARCÍA-CRUCES, *La calificación del concurso*, Thomson-Aranzadi, 2004)”.

En la jurisprudencia pueden destacarse entre otras muchas, las siguientes: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 174/2014 (recurso núm.

1472/2012), Roj. núm. 1228/2014, de 27 de marzo de 2014: *“El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante de carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude. La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un “animus nocendi” [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la “scientia fraudis”, esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo, y núm. 406/2010, de 25 de junio, y las que en ellas se citan). Tanto el “animus nocendi”, en cuanto intención o propósito, como la “scientia fraudis”, en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan”*. Este pronunciamiento se ha repetido en numerosas sentencias, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Civil, Sección 1ª), resolución núm. 43/2018 (recurso núm. 668/2017), Roj. núm. 192/2018, de 1 de febrero de 2018; y en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 185/2015 (recurso núm. 952/2013), Roj. núm. 1409/2015, de 10 de abril de 2015. Esta última resulta relevante en el ámbito de los grupos de sociedades, y especialmente en lo que se refiere a la compensación de créditos intragrupo: *“Por un lado, el recurrente alega que el reparto de dividendos de 2008 no supuso una salida de efectivo, y que solo tuvo una significación contable, pues, por vía de compensación, los dividendos sirvieron para disminuir la deuda que su matriz mantenía con la concursada. En definitiva, la conducta supuso que un activo que lucía en el balance de la concursada, un crédito contra su matriz Peryper, desapareciera mediante una operación de compensación, con cargo a unos recursos propios. Como acertadamente señala la sentencia recurrida: “la salida de bienes o derechos que se refiere el precepto no es sino un concepto jurídico funcional, no material, equivalente a la reducción del patrimonio, de la masa activa del concursado, y sin duda ninguna la compensación crediticia constituye una forma de exclusión o evasiva de derechos cuando el crédito compensable constituye el bien objeto de negocio fraudulento”. De otro modo, a consecuencia de la distribución de dividendos, la masa activa se ha reducido indebidamente como consecuencia de la compensación de crédito que la concursada tenía frente a su matriz y que esto agravó la insolvencia de la concursada y supone un perjuicio injustificado para la masa activa. (...) la salida fraudulenta que exige el precepto no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener de ocasionar un perjuicio a los acreedores, mediante un acto que beneficiaba a su matriz cuyo patrimonio quedaba sustraído de la acción de la administración concursal en caso de liquidación, al rebajar sensiblemente –por importe de 1,2 millones de euros- la deuda que mantenía con su empresa filial. El administrador único de la concursada, que lo es también de la matriz, debía tener conciencia de que con la distribución de dividendos, ejecutada pocos*

transmisión a un tercero con el propósito de sustraer los bienes de su patrimonio y siendo consciente de que dicho acto ocasionará un daño o un perjuicio a los derechos de crédito de los acreedores.

Por otra parte, el precepto indica expresamente que la salida de los bienes o derechos del patrimonio del deudor debe haberse producido durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, y ello como medida que trata de reforzar la seguridad jurídica en el tráfico mercantil. En todo caso, téngase presente que este límite temporal impide no solo la calificación culpable, sino también el ejercicio de la acción rescisoria si el acto excede a dicho periodo de tiempo. En estas circunstancias, se ha observado en la práctica que una solución viable para alcanzar los fines de ambas instituciones concursales fuera del límite temporal consistiría en lograr justificar que en la conducta concurren los elementos objetivo, subjetivo y causal propios de la cláusula general de culpabilidad, y una vez conseguido, ejercitar el efecto patrimonial establecido en el artículo 172.2.3º de la Ley concursal que contempla una condena a devolver los bienes o derechos que los autores hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa⁴⁷⁷.

b) Jurisprudencia.

Sabemos por lo expuesto en los capítulos anteriores que la transferencia periódica de fondos por parte de las sociedades filiales del grupo a la sociedad *pooler*, se corresponde con un funcionamiento normal del sistema de gestión centralizada. Este modo de proceder, no obstante, ha sido en puntuales ocasiones empleado por la Administración Concursal para calificar el concurso de la sociedad filial como culpable, al tratar de equiparar esta operación contractual con un supuesto de salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor (art. 164.2.5º LC).

meses antes de su solicitud de concurso voluntario, llevaba a cabo una operación lesiva para el resto de los acreedores, agravando con ello la situación de insolvencia de la concursada”.

⁴⁷⁷ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 169.

Pese a los esfuerzos realizados por esta parte, nuestros Tribunales han sido claros al resolver que la referida relación no puede apreciarse en los supuestos de un *cash pooling* ordenadamente llevado, sino tan solo en aquellos otros en las que la actividad de gestión ha resultado ser, efectivamente, defectuosa y fraudulenta.

A este respecto, podemos recordar las sentencias de calificación que se dictaron con ocasión del conocido caso «Marsans». Se reivindica en ellas que las transferencias de fondos realizadas por las filiales a la matriz por vía de un contrato de *cash pooling* no pueden configurarse *per se* como salidas fraudulentas de bienes y derechos del patrimonio del deudor, apuntando a estos efectos que dichas operaciones poseen una base negocial y están adecuadamente documentadas, además de que las salidas de tesorería se encuentran compensadas con la simultánea entrada de activo financiero en su patrimonio, que viene representado por un derecho de crédito que devenga el oportuno interés. En definitiva, reconocen nuestros Tribunales que pese al riesgo que puede llegar a entrañar el sistema de gestión centralizada de la tesorería, éste no conlleva la aplicación automática del supuesto legal de culpabilidad del artículo 164.2.5º de la Ley concursal⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 168/2017 (recurso núm. 191/2015), Roj. núm. 4870/2017, de 28 de marzo de 2017, a propósito de la calificación culpable de Viajes Marsans, S.A., dispone: “*nos encontramos, en todos los casos, en presencia de operaciones de base negocial que se encuentran oportunamente documentadas; operaciones, en suma, en que la salida de numerario de las arcas de la concursada se encuentra compensada por la simultánea entrada en su patrimonio del activo financiero correspondiente representado por un derecho de crédito que devenga el oportuno interés. Pues bien, por más que puedan calificarse de operaciones de financiación expuestas u osadas, no casa bien con la idea de fraudulencia exigida por el Art. 164-2,5º un tipo de acto como el que comentamos respecto del cual resulta francamente difícil poder afirmar con solvencia que, el ser desarrollado por su autor, concurría en este la conciencia de que de él derivaría un daño para sus acreedores cuando lo razonable es más bien pensar que, al llevarlo a cabo, ese autor operaba en la confianza –sólida o débilmente fundada, esta es otra cuestión- de que finalmente recobraría con provecho los fondos prestados o anticipados a terceros*”; este argumento se reiteró en los concursos de las demás filiales del grupo, por ejemplo, véanse también las siguientes: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 135/2018 (recurso núm. 237/2016), Roj. núm. 6558/2018, de 23 de febrero de 2018, a propósito de la calificación culpable del concurso de Viajes Crisol, S.A.U.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 105/2018 (recurso núm. 149/2016), Roj.

De hecho, la razón por la que se apreció en el caso Marsans la referida causa de culpabilidad se fundamentó en el deficiente desarrollo de las tareas referentes a la gestión centralizada de la tesorería, que culminó en transacciones fraudulentas de saldos que perjudicaron el interés de las sociedades concursadas y por derivación, el de sus acreedores. Ciertamente, se alude en las múltiples sentencias de calificación dictadas en este caso al hecho de que la sociedad matriz, Viajes Marsans, poco antes de su declaración de concurso, ordenó a sus filiales que no ingresaran en su cuenta el efectivo de la venta de servicios, como se había hecho hasta entonces, sino que lo ingresaran en la cuenta de una tercera mercantil denominada Marsans Shopping, S.L. Esta sociedad, además de no compensar las entradas de activos en el patrimonio de las filiales, no era generadora de ingresos. Tales motivos, unidos a la ausencia de un argumento que razonara las ventajas del referido cambio, constituyeron causas suficientes para apreciar la concurrencia de fraude en el funcionamiento del *cash pooling*. Todo ello supuso un evidente perjuicio no solo a los acreedores de las sociedades filiales, sino también a los acreedores de la sociedad matriz, al carecer estos últimos de acceso al patrimonio de Marsans Shopping para ejecutar su derecho de cobro⁴⁷⁹.

2753/2018, de 9 de febrero de 2018, a propósito de la calificación culpable del concurso de Tiempo Libre, S.A.U.

⁴⁷⁹ En lo que respecta a la calificación culpable de la matriz Viajes Marsans, S.A., véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 168/2017 (recurso núm. 191/2015), Roj. núm. 4870/2017, de 28 de marzo de 2017: *“si tenemos en cuenta que ese sistema de tesorería centralizada ya se venía observando en el pasado con la sola diferencia de que quien centralizada todos los ingresos era precisamente Viajes Marsans, S.A., se echa en falta en el discurso impugnatorio del apelante una explicación que nos permita comprender las ventajas de pasar a efectuar esa centralización en una tercera sociedad mercantil diferente cuando resulta a todas luces evidente que dicha decisión comportó la lógica desventaja de hacer inaccesibles a los acreedores de Viajes Marsans, S.A. todos los fondos que pasaron a ser ingresados, desde entonces, en las cuentas de dicha tercera entidad; entidad que no era generadora de los ingresos, y sin que esa derivación se encontrase compensada por una correlativa entrada de activos en el patrimonio de la concursada”*.

En lo que respecta a la calificación culpable del concurso de las filiales del grupo, véanse, entre otras, las siguientes: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12), resolución núm. 1/2015 (recurso núm. 361/2010), Roj. núm. 5049/2015, de 8 de enero de 2015, a propósito de la calificación culpable del concurso de Parque Pórtico, S.L.: *“esta mala utilización de la tesorería centralizada, no sólo se predica de Viajes Marsans sino de*

También en el escenario de un contrato de *cash pooling*, resulta interesante destacar el caso del concurso de la sociedad Bat XXI, S.L. Esta sociedad, encontrándose ya en un estado económico apurado, procedió a trasladar sus activos principales, fundamentalmente dinero en efectivo, a otras sociedades del grupo, especialmente a la matriz. Se pudo comprobar además que del patrimonio de la concursada salió dinero a cambio de activos no líquidos y de valor discutible. En efecto, la contraprestación de las salidas patrimoniales se correspondía con la dación en pago de una serie de fincas con un valor que no se aproximaba a la deuda que con ellas se pretendía liquidar, ni el carácter de esos bienes era equiparable al de las obligaciones que se cancelaron, de forma que el Tribunal consideró que la dación se configuró como un simple disfraz para llevar a cabo de forma fraudulenta la salida de fondos del patrimonio de la concursada⁴⁸⁰. También

todas y cada una de las empresas que integraron tal sistema de tesorería, que se destinó a empresas no integradas en el grupo” y “sin embargo, los recursos se destinaron a terceras empresas, y, además de no constar los saldos deudores correctamente provisionados, la incertidumbre que tal situación generó en terceros, conllevó el endurecimiento de las condiciones de financiación, o las exigencias o avales que solicitó IATA, que únicamente negó a varias entidades del grupo, como Viajes Marsans, S.A. o Viajes Crisol, S.A.U., la venta de billetes, cuando éstas no garantizaron suficientemente los anticipos que tal sistema de gestión supone, de acuerdo con las previsiones sobre ratios de solvencia que constaban en el contrato que ligaba a las partes”; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12), resolución núm. 169/2014 (recurso núm. 734/2010), Roj. núm. 176/2014, de 6 de octubre de 2014, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 135/2018 (recurso núm. 237/2016), Roj. núm. 6558/2018, de 23 de febrero de 2018, a propósito de la calificación culpable del concurso de Viajes Crisol, S.A.U; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 105/2018 (recurso núm. 149/2016), Roj. 2753/2018, de 9 de febrero de 2018, a propósito de la calificación culpable del concurso de Tiempo Libre, S.A.U.

⁴⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 378/2013 (recurso núm. 178/2013), Roj. núm. 11261/2013, de 25 de enero de 2013: “19. (...) No podemos perder de vista que lo que se está juzgando es si es imputable a la concursada la conducta de salidas fraudulentas de su patrimonio, de manera que, a estos efectos, son menos trascendentes los detalles que las prácticas imputadas y su repercusión sobre el patrimonio de la concursada. Lo que se le imputa, en definitiva, es que en un momento en el que su situación económica era muy apurada (ya hemos concluido en el fundamento anterior que consideramos probado que se encontraba en insolvencia), ya que carecía de liquidez suficiente para poder hacer frente a sus deudas corrientes, procedió a vaciar su patrimonio, esto es, a trasladar a otras sociedades del grupo, fundamentalmente la matriz Gepro, sus activos principales, esencialmente dinero en efectivo. Ante ello se defiende pretendido justificar ese vaciado con el argumento de que lo que llevó a cabo era lícito

en este caso la salida fraudulenta de bienes se corresponde con una efectiva gestión defectuosa y fraudulenta de los bienes, que en ningún caso puede relacionarse con el funcionamiento normal de un sistema de *cash pooling*.

1.2. Irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Caracteres generales y jurisprudencia.

a) Caracteres generales.

El artículo 164.2.1º de la Ley concursal establece tres supuestos de calificación culpable referidos al incumplimiento de los deberes contables. Éstos son el incumplimiento sustancial de la llevanza de la contabilidad, la doble contabilidad, y la comisión de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor⁴⁸¹. La atribución de esta sanción va dirigida

porque consistía en una técnica de gestión de la tesorería del grupo que pretendía reducir los costes de esa gestión. Esa creemos que es la cuestión esencial que se plantea en relación con la imputación de esa causa de culpabilidad. 20. Debemos compartir el punto de vista que expresa la resolución recurrida sobre el hecho de que una técnica de gestión contable (el denominado cash pooling) no puede justificar el vaciado patrimonial que se produjo en el patrimonio de la concursada, del que salió dinero a cambio de activos no líquidos y de un valor discutible. Ninguna de las prolijas alegaciones de la recurrente permiten oscurecer esa realidad, que los gestores de la concursada, sustancialmente el Sr. Jon, a través de las sociedades instrumentales, se llevó de la concursada fondos en efectivo por un valor aproximado de más de diez millones de euros. Y también debemos compartir que la dación en pago que el Sr. Jon, actuando en representación de tres sociedades distintas de su grupo, realizó el 8 de julio de 2009 no puede considerarse justa contraprestación de las salidas patrimoniales a que nos estamos refiriendo porque ni las fincas entregadas en pago podemos considerar acreditado que tengan un valor que siquiera se aproxime al de la deuda que con ellas se pretendía liquidar ni el carácter de esos bienes, de difícil realización en el momento en el que esas fincas se entregaron en pago, es equiparable al de las obligaciones que se cancelaron. Ello nos lleva a considerar que, en realidad, esa dación en pago no es otra que un simple disfraz que no consigue evitar que consideremos que la salida de los fondos del patrimonio de la concursada fue fraudulenta”.

⁴⁸¹ Artículo 164.2.1º LC: “En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: 1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”.

únicamente a las personas que por su cargo en la empresa, están en condiciones de incumplir los deberes de contabilidad. Es el caso, por lo tanto, del deudor, y de los administradores y liquidadores, de hecho y de derecho de la sociedad⁴⁸².

Con esta norma, el legislador concursal persigue compeler a las personas que realizan actividades profesionales y comerciales en el ámbito de una sociedad mercantil a que cumplan los mencionados deberes de contabilidad, dada la relevancia que esta actividad tiene no solo en el adecuado funcionamiento interno de la sociedad mercantil, sino también en el tráfico jurídico y económico. En efecto, la correcta llevanza de la contabilidad, y por consiguiente, la fiabilidad y la autenticidad en la información patrimonial y financiera de las empresas, cumplen con una función de interés público, toda vez que tales datos sirven a los acreedores, a quienes les financian, y a los poderes públicos, para conocer los resultados económicos reales de las empresas⁴⁸³.

Hemos detectado en la jurisprudencia que la irregularidad contable ha determinado a menudo la calificación culpable del concurso de las sociedades que pertenecen a un sistema de *cash pooling*. Por esta razón, antes de exponer tales sentencias, parece oportuno examinar los elementos que configuran el supuesto.

A estos efectos, ha manifestado nuestra doctrina jurisprudencial que la noción de irregularidad atiende al incumplimiento de una norma contable previamente establecida en nuestro ordenamiento jurídico. Un aspecto fundamental a tener presente es que en términos de calificación, que la conducta haya sido realizada por error o de forma intencionada resulta intrascendente. En efecto, la calificación

⁴⁸² MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 107 y 108: “Esta causa de concurso culpable recae no sobre todo concursado, sino sobre aquellos que están obligados legalmente a la llevanza de una contabilidad, ámbito subjetivo que, más allá de los empresarios mercantiles y con independencia del volumen de negocios, se extiende a otros profesionales para los que, por razón de su actividad, el ordenamiento impone un deber de llevanza de libros de contabilidad”.

⁴⁸³ MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍÍN, FERNANDO, “Artículo 164. Concurso culpable”, cit., p.1787.

culpable procede en los supuestos en que pueda determinarse que la irregularidad ha sido relevante. Ha apuntado la jurisprudencia que este elemento objetivo ha de ser valorado en términos cualitativos o cuantitativos. De acuerdo con el primer criterio, la irregularidad contable existe si la infracción de la norma contable provoca en los terceros un impedimento para disponer de la información necesaria para conocer adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad, que incluso puede llevar aparejada la ocultación de la causa de disolución o la situación de insolvencia. Y de acuerdo con el segundo criterio, existirá una situación de relevante irregularidad contable cuando la realización de varias infracciones de poca importancia conduzcan a otra de entidad significativa⁴⁸⁴. En resumen, la

⁴⁸⁴ Entre otras muchas, puede destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), (recurso núm. 1915/2017), Roj. 5702/2019, de 29 de mayo de 2019, que incorpora la doctrina jurisprudencial emitida por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 583/2017 (recurso núm. 604/2015), Roj. 3796/2017, de 27 de octubre de 2017, y por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 994/2011 (recurso núm. 1613/2009), Roj. 525/2012, de 16 de enero de 2012, y establece: *“La sentencia núm. 583/2017, de 27 de octubre, en relación con el concepto de irregularidades contables, explica que: Como dijo la sentencia 994/2011, de 16 de enero de 2012: Por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en qué consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, se basa el primero de los motivos del recurso de casación, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad. 3.- Es decir, al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa y cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior. 4.- Respecto a la cuestión planteada por el recurrente de si la irregularidad debe ser puntual (relativa a cada anotación contable discutida) o conjunta, el art. 164.2.1º LC no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico. “Por ello, puede suceder que una sola*

relevancia de la irregularidad reside en el resultado de que se impida a terceros la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor.

Por último, hemos de tener presente que en la medida que tales conductas se configuran como supuestos legales de culpabilidad, los sujetos afectados, en su defensa, únicamente podrán probar ante la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal, su falta de competencia para la llevanza de la contabilidad o que el incumplimiento del deber es consecuencia de una circunstancia fortuita o de fuerza mayor, pero en ningún caso podrán defender la ausencia de dolo o culpa grave o del vínculo causal con la insolvencia⁴⁸⁵.

irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del art. 164.2.1º LC, al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas. Y esto último es lo que correctamente aprecia la Audiencia Provincial”.

En la doctrina, pueden leerse en este mismo sentidos los siguientes trabajos: MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTIÍN, FERNANDO, “Artículo 164. Concurso culpable”, cit., p.1786; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y Concurso*, cit., p. 1369; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 137-144; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., pp. 106 y ss.; GURREA MARTÍNEZ, AURELIO, “El concepto de irregularidades contables relevantes en la calificación del concurso de acreedores”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 227-235.

⁴⁸⁵ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación...*, cit., p. 125; MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit., p. 111.

Conviene tener presente a este respecto que uno de los problemas encontrados con frecuencia en la práctica es aquel en que la administración concursal y el Ministerio Fiscal, en ocasiones, no han probado suficientemente la concurrencia de los elementos que integran el supuesto de hecho del art. 164.2.1º LC, ni tampoco la imputabilidad. Así se observa en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (Sección 2ª), resolución núm. 110/2019 (recurso núm. 232/2014), Roj. 543/2019, de 3 de junio de 2019: “Uno de los principales problemas prácticos que suele suscitarse es la insuficiencia probatoria en la que incurre la AC o el MF a los efectos de acreditar la concurrencia de todos los elementos que integran la presunción *iuris et de iure* de culpabilidad concursal prevista en el artículo 164.2.1º LC. Advierte MUÑOZ PAREDES que la previsión de la irregularidad contable dentro del elenco de presunciones absolutas del artículo 164.2 LC provoca en ocasiones cierto relajó

b) Jurisprudencia.

Apuntadas estas notas, podemos volver a la jurisprudencia dictada con ocasión del caso Marsans, en que la deficiente gestión de la tesorería centralizada condujo a defectos en la contabilidad de las sociedades del grupo, razón ésta por la que se estimó la concurrencia del supuesto legal del artículo 164.2.1º, consistente en una irregularidad contable, y se procedió en consecuencia a calificar tales concursos como culpables.

A modo de ejemplo, podemos señalar el concurso de la filial Parque Pórtico, S.L. Para situarnos, Viajes Marsans, S.L. y Teinver, S.A. eran socios al 50% de esta entidad, y a su vez, Teinver S.A. era propietaria al 100% de las acciones de Viajes Marsans. Dicho esto, en el marco del contrato de *cash pooling*, Parque Pórtico, S.L. dotaba de recursos por un lado a Viajes Marsans, encargada de coordinar y gestionar los pagos a proveedores y los cobros a clientes, así como los saldos acreedores y deudores resultantes de tales operaciones; y por otro lado a Teinver, S.A. y a otras empresas vinculadas a ésta. En estas circunstancias, la irregularidad

de la administración concursal, que se limita a exponer en su informe de calificación datos contables sin invocar qué norma o principio contable ha sido infringido, ni justificar hasta qué punto se ha distorsionado la imagen fiel (...) Incumben a la administración concursal y al Ministerio Fiscal la carga de acreditar: i) la irregularidad cometida; y ii) su relevancia cuantitativa o cualitativa, así como la consecuente imposibilidad de conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la empresa. Por tanto, si bien carece de trascendencia la prueba del elemento intencional de los administradores al cometer la irregularidad contable relevante (SAP de Madrid de 7/5/2012, SAP de Pontevedra de 26/7/2012, entre otras), el paso previo lo constituye la prueba de la existencia de tal irregularidad contable, de su relevancia y de cómo ha incidido en la imposibilidad de conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la sociedad: la irregularidad contable ha de ser relevante y, por ello, habrá de acreditarse que ha dificultado o impedido conocer las causas reales de la insolvencia o, por ejemplo, que ha provocado o ha generado la posibilidad de que terceros contratasen con el deudor por la inexactitud de la información suministrada. (...) La insuficiencia probatoria en la que suelen incurrir tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal provoca con frecuencia pronunciamientos judiciales desestimatorios de la concurrencia de la causa de culpabilidad concursal prevista en el artículo 164. (2).1º LC cuando no se ha justificado de manera suficiente ni la relevancia cuantitativa o cualitativa de la irregularidad contable, ni se ha construido una argumentación suficiente de la que sea posible concluir que aquella hipotética irregularidad ha impedido conocer la verdadera situación patrimonial o financiera de la concursada”.

contable relevante por parte de Parque Pórtico, S.L. se valoró por el juez en términos cuantitativos, toda vez que esta entidad no provisionó en las cuentas anuales de un ejercicio anterior los saldos deudores de Teinver, S.A. ni de Viajes Marsans, S.L., aparentando en consecuencia una situación contable lejana al riesgo asumido; y en términos cualitativos, en atención a la falta de claridad, precisión y compleja comprensión de la situación patrimonial y financiera de la sociedad conferida a los acreedores⁴⁸⁶. En definitiva, esta entidad, de forma voluntaria y en interés propio, es decir, pese a conocer las cuentas anuales de sus socios, sin contar

⁴⁸⁶ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12), resolución núm. 1/2015 (recurso núm. 361/2010), Roj. núm. 5049/2015, de 8 de enero de 2015, a propósito de la calificación culpable del concurso de Parque Pórtico, S.L.: “Así, tal importante salida de tesorería, sin unas garantías acreditadas ante los auditores, y que al momento actual se han revelado inexistentes, ya evidenciaban la crítica situación de VIAJES MARSANS, S.A., y de TEINVER, S.L., que, a su vez, mantenía saldos con PARQUE PÓRTICO, S.L. que, ante la situación de su matriz, no provisionó. Lo que supone un quebranto del principio de imagen fiel. De ahí que quepa concluir la existencia de irregularidad contable, como se pasa a ponderar, por cuanto, se ha de entrar a considerar si la irregularidad apreciada es relevante o no. La relevancia, en principio instaurada por la violación de principios de contabilidad generalmente aceptados, sin duda debe matizarse en un doble sentido: A) Cuantitativo, para lo que es útil recordar la Resolución de 14 de junio de 1999 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) por el que se publica la Norma técnica de auditoría sobre el concepto de importancia relativa, esto es, que la cantidad asentada en el activo o en el pasivo de modo irregular, de no haberse asentado, por su monto, llegara a delatar una situación de insolvencia no advertida o reconocida, o mitigada de forma importante. (...) En definitiva, se detecta una conducta concreta, el que no se hayan provisionado en las cuentas anuales de PARQUE PÓRTICO, S.L. del ejercicio 2008/2009 los saldos deudores de TEINVER, S.L., y en menor medida de VIAJES MARSANS, S.A., en la que incide la mala utilización del sistema de tesorería, con distribución de ésta no sólo entre empresas del grupo MARSANS, sino entre empresas que en realidad correspondían al grupo encabezado por TEINVER. Así, en las cuentas anuales no constaba la provisión de tan importante saldo con la matriz de PARQUE PÓRTICO, S.L. (VIAJES MARSANS), y por ello aparentaban una situación económica contable lejana al riesgo asumido, primero con la existencia de tal saldo deudor respecto de una empresa que, a su vez, había detraído ingentes fondos para terceras entidades (TEINVER, y de ahí a ASTRA o AIR COMET), cuando al mismo tiempo se seguía, incluso se implementaba el sistema de tesorería única. B) Cualitativo, pues la relevancia se conecta con la comprensión de los acreedores, de manera que la irregular contabilización deteriora la claridad y precisión que debiera caracterizar a la contabilidad con arreglo al art. 25.1 C.Com. – contabilidad ordenada- y 34.2 C.Com. – imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados-; excusándose pues, irregularidades vulgarizadas que, evidenciadas en la Memoria o en una salvedad de la Auditoría, no impedirían a ningún comerciante medio que examine la contabilidad hacerse una idea correcta sobre si existe una incapacidad de cumplimiento de las obligaciones exigibles o sobre su medida”.

con garantías de devolución, y por tanto, con la seguridad de que los recursos no le serían devueltos, no provisionó en sus cuentas anuales aquellas deudas intragrupo como gasto, generándose en consecuencia una irregularidad contable que confería una imagen a terceros que no se correspondía con la real, quebrantando efectivamente el principio de imagen fiel⁴⁸⁷. Este mismo modo de proceder fue el seguido también por las demás filiales del grupo que transferían fondos bien a la matriz, bien a Teinver, S.A. o bien a empresas que colgaban de ésta última, sin provisionar tales deudas en las cuentas anuales, en perjuicio de sus acreedores⁴⁸⁸.

Obsérvese también en este caso que la calificación culpable del concurso se debe a un defecto en la contabilidad que escapa de un funcionamiento normal del sistema de *cash pooling*.

⁴⁸⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12), resolución núm. 1/2015 (recurso núm. 361/2010), Roj. núm. 5049/2015, de 8 de enero de 2015, op. cit.: *“partiendo de la dirección empresarial, y valorando que una característica especial de todas las empresas del GRUPO MARSANS era que la administración se llevaba desde VIAJES MARSANS, S.A., como también ponderando que la gestión de pagos a proveedores y cobros a clientes de coordinaba desde la matriz del grupo, VIAJES MARSANS, S.A., y los saldos deudores y acreedores resultantes de estas operaciones se soportaban a través de cuentas corrientes intragrupo en las cuales se centralizaban los fondos de Tesorería (Cash Pooling), resulta deducible la voluntaria omisión de la precisa provisión, y la alteración consciente de la imagen que conferían a terceros las cuentas anuales de PARQUE PÓRTICO, S.L.”.*

⁴⁸⁸ Véanse, por ejemplo, las siguientes: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), resolución núm. 168/2017 (recurso núm. 191/2015), Roj. núm. 4870/2017, de 28 de marzo de 2017, a propósito de la calificación culpable de Viajes Marsans, S.A.; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12), resolución núm. 169/2014 (recurso núm. 734/2010), Roj. núm. 176/2014, de 6 de octubre de 2014, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), resolución núm. 135/2018 (recurso núm. 237/2016), Roj. núm. 6558/2018, de 23 de febrero de 2018, a propósito de la calificación culpable del concurso de Viajes Crisol, S.A.U; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), resolución núm. 105/2018 (recurso núm. 149/2016), Roj. 2753/2018, de 9 de febrero de 2018, a propósito de la calificación culpable del concurso de Tiempo Libre, S.A.U.

2. Personas afectadas por la calificación: administradores de derecho y de hecho. Jurisprudencia.

Como hemos adelantado anteriormente, en el escenario de un sistema de *cash pooling*, los administradores de derecho y de hecho suelen ser los principales afectados por la calificación del concurso. Los administradores de derecho lo serán si en el desempeño de sus funciones de representación y gestión social operan en ausencia de la debida diligencia y lealtad⁴⁸⁹, y con dolo y culpa grave⁴⁹⁰. Ha de

⁴⁸⁹ Como ya sabemos, los administradores toman decisiones de negocio, inversión y estratégicas de gran relevancia que comportan un alto riesgo para la sociedad, los socios y los acreedores. En este sentido, se requiere que en todo momento y en el particular procedimiento de toma de decisión, estos sujetos actúen con la debida diligencia y lealtad (arts. 225 y 227 LSC) y más concretamente, de buena fe, sin interés personal y con información suficiente. Ha de tenerse presente que la regla de la discrecionalidad empresarial no alcanza o ampara las decisiones tomadas con fraude, al margen de los intereses de la sociedad y con ilegalidad.

Conviene apuntar por otra parte que la consideración de persona afectada por la calificación no puede en ningún caso referirse a todo el órgano de administración, sino que en la sentencia de calificación, el juez habrá de distinguir individualmente a cada uno de los administradores que merece esa condición, así como la sanción o condena que les corresponde.

⁴⁹⁰ En el mismo sentido: Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), resolución núm. 45/2018 (recurso núm. 427/2017), Roj. 209/2018, de 8 de febrero de 2018; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1), resolución núm. 693/2017 (recurso núm. 2469/2015), Roj. 4656/2017, de 20 de diciembre de 2017: “*Lo que caracteriza la conducta del administrador prevista en el art. 164.1 de la Ley Concursal, que determina la calificación del concurso de la sociedad como culpable, es que en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del administrador. Se trata de una norma de protección de los acreedores, no de protección de la propia sociedad deudora. Es más, en ocasiones, la salvaguarda del interés social pretende realizarse a costa de sacrificios de los acreedores que les son exigibles, por lo que no es necesario que la conducta del administrador social sea contraria al mejor interés de la sociedad para que el concurso pueda calificarse como culpable*”; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca (Sección 1ª), resolución núm. 544/2017 (recurso núm. 431/2008), Roj. núm. 3043/2017, de 20 de diciembre de 2017: “*En modo alguno se ha discutido su condición de administradores sociales. Ante ello, lo primero que debemos destacar es que, cualquier persona que ocupe el cargo de administrador de una sociedad asume las obligaciones propias que incumben a dicho cargo. Y fruto de ello se revela en el art. 225 y siguientes LSC, al exigir a los administradores de dichas sociedades la necesidad de comportarse como un ordenado comerciante y un representante leal, implicando ello, de*

tenerse presente asimismo que el ordenamiento concursal equipara a los administradores de derecho con los de hecho, con el propósito de evitar que personas no autorizadas formalmente para actuar en el tráfico económico, lo hagan de hecho, causando o agravando en consecuencia el estado de insolvencia del deudor⁴⁹¹.

forma necesaria e ineludible, el que conozca en cada momento la situación de la empresa (obligación de información), el que guarde fidelidad, lealtad y secreto respecto de los intereses sociales. De ahí que, en el marco de las funciones propias de su cargo social, así como de las obligaciones propias del mismo, resultan responsables de las causas que han dado origen a la declaración de concurso culpable de (...) Son las personas responsables de que la gestión de la contabilidad societaria ofrezca la verdadera situación contable y financiera de la sociedad, de su gestión, sin perjuicio de que pueda ampararse en la existencia de otras personas que pudieran ocupar parcelas concretas de influencia la gestión de la mercantil”.

⁴⁹¹ Conviene recordar que la figura del administrador de hecho se entiende en la actualidad no desde una concepción formalista sino desde otra funcional (art. 236.3 LSC), lo que ha permitido a la doctrina considerar que el administrador de hecho se caracteriza por ejercer de forma habitual y continuada las actividades de dirección y gestión propias de un administrador, con plena autonomía con respecto a los administradores de derecho, con el consentimiento tanto de estos últimos como de los socios, y en ausencia de un nombramiento formal como administrador (para una mayor comprensión sobre el concepto de administrador de hecho, remítase al capítulo 3, epígrafe 2.1., titulado “La figura del administrador de hecho. Estado de la cuestión en derecho español y breve referencia a la experiencia francesa”).

La mayoría de las conductas susceptibles de ser calificadas como culpables requieren para su perpetración de la condición formal de administrador. En este sentido, ha detectado la doctrina que el administrador de hecho difícilmente puede ser condenado por actos realizados en el interior de la sociedad, siendo lo más probable que lo sea por actos llevados a cabo en nombre de la sociedad con terceros. Un ejemplo muy común en la práctica es la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor, concretamente en un contexto en que el administrador de hecho se identifica o representa al socio mayoritario de la sociedad controlada o dominada. La mayoría de capital le permite dirigir y gestionar de facto la sociedad.

Puede ocurrir en algunos casos que el administrador de derecho incumpla su deber de actuar con diligencia, al consentir al administrador de hecho actuar como tal en el tráfico empresarial, circunstancias que provocarán que el primero sea condenado simultáneamente con el segundo (Véase: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 421/2015 (recurso núm. 1701/2013), Roj. núm. 3442/2015, de 22 de julio de 2015: “Es cierto que, en principio, bajo la reseñada noción jurisprudencial de administrador de hecho, podría resultar contradictorio que en la exigencia de responsabilidad por una actuación concreta pudieran concurrir como sujetos responsables el

En este sentido, procedemos a continuación a examinar las causas que han llevado en la práctica a calificar a estos sujetos como personas afectadas por la calificación del concurso en el específico escenario de un contrato de *cash pooling*.

La calificación como culpable de los concursos del grupo Marsans por las causas referidas a la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor y a la irregularidad contable, determinó la consideración como personas afectadas a los administradores sociales de derecho y de hecho de todas las entidades concursadas.

En efecto, en todas las sentencias se declara como persona afectada a la entidad Possibilitum Business, S.L., en calidad de administrador de hecho. Téngase en cuenta a este respecto que Possibilitum Business, S.L. era propietaria al 100% de las participaciones de la ya referida entidad Teinver, S.A. y ésta, como sabemos, la propietaria del 100% de las acciones de Viajes Marsans, S.L. En este escenario,

administrador de derecho y el administrador de hecho. La concurrencia de este último exige que, por ejercer de facto la gestión de la sociedad, el poder de dirección, de forma soberana e independiente, el administrador de derecho carezca de la autonomía de decisión propia del cargo, porque la tenga supeditada al administrador de hecho. Y con ello con independencia de que éste sea administrador de hecho notorio o que lo sea oculto, y que actúe por medio del administrador de derecho. Pero la jurisprudencia, que ha contemplado esta objeción, no descarta que pudiera existir algún supuesto en que, en atención al específico deber legal de actuación quebrantado, sin perjuicio de la responsabilidad del administrador de hecho, no pueda eludir su responsabilidad el de derecho. En este sentido, en la Sentencia 721/2012, de 4 de diciembre, argumentamos que: « aunque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho –singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento-, como regla quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho (Sentencias 261/2007, de 14 de marzo; 55/2008, de 8 de febrero) ya que, como afirman las Sentencias 509/1999, de 7 de junio, y 222/2004, de 22 de marzo, “al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad”. Máxime cuando la responsabilidad pretende derivarse de la omisión de una conducta cuyo cumplimiento no está al alcance del administrador de hecho –la presentación de unas cuentas cuya formulación está reservada al administrador de derecho y su aprobación a la junta general, cuya regular convocatoria también reserva la norma a este»). Esto no sucederá en el caso de que el administrador de derecho logre probar su desconocimiento acerca de la injerencia dolosa y gravemente culposa por parte del sujeto en concreto en la administración de la sociedad.

aunque Possibilitum Business, S.L. defendió la tesis de que era propietaria del 100% de las participaciones de Teinver, S.A., negó ser administradora de las entidades del grupo Marsans. No obstante, se fundamenta en varias sentencias que la entrada de Possibilitum Business, S.L. supuso una modificación del equipo directivo del grupo turístico, que fue sustituido por personal de la citada sociedad, lo que llevó a considerar que la misma pasó a ostentar la condición de administradora de hecho del grupo. Efectivamente, Possibilitum Business, S.L. sin contar con un nombramiento formal de administrador, tomó decisiones de representación y gestión que no le correspondían y entre otras actuaciones, permitió que se continuara realizando la ya referida conducta por la cual las sociedades filiales del grupo dejaron de ingresar el efectivo procedente de la venta de sus servicios en la cuenta de la matriz Viajes Marsans, para ingresarse en una cuenta a nombre de la entidad Marsans Shopping, S.A., que además de no formar parte del grupo, no compensaba las entradas de activos en el patrimonio de las filiales ni era generadora de ingresos. Todo ello supuso en unos casos la causación y en otros el agravamiento de la insolvencia, tanto en la sociedad matriz, Viajes Marsans, como en las filiales⁴⁹².

⁴⁹²Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12^a), resolución núm. 169/2014 (recurso núm. 734/2010), Roj. núm. 176/2014, de 6 de octubre de 2014, a propósito de la calificación culpable del concurso de VIAJES CRISOL, S.A.U.: *“Expuesto cuanto antecede, desde la adquisición de las participaciones de TEINVER, S.L. por POSIBILITUM BUSSINES, S.L., se modificó la dirección de la entidad VIAJES MARSANS, S.A. y del grupo que de ésta dependía, incluida VIAJES CRISOL, S.A.U. De hecho, se efectuaron nuevas contrataciones, que conllevaron una estructura directiva distinta de la anterior etapa preconcursal, pues debemos recordar la casi coincidencia temporal de la venta de la entidad reseñada y la declaración de concurso de VIAJES CRISOL, S.A.U. Desde el primer momento, los interlocutores de la Administración Concursal, por lo que ésta informa, han sido personas contratadas desde o por POSIBILITUM BUSSINES, S.L. y desde el primer momento, ante el Juzgado de lo Mercantil nº 12, se evidenció el cambio en tal dirección y el efectivo control por los nuevos adquirentes de VIAJES MARSANS, S.A. y las empresas de este grupo, particularmente VIAJES CRISOL, S.A.U. Asimismo procede reiterar la unidad de dirección empresarial, valorando que una característica especial de todas las empresas del GRUPO MARSANS era que la administración se llevaba desde VIAJES MARSANS S.A., con lo que, razonado y expuesto en la sentencia por la que se declaró culpable el concurso de VIAJES MARSANS, S.A. la dirección llevada a cabo por POSIBILITUM BUSSINES, S.L., idéntica conclusión cabe alcanzar el caso presente. (...) En definitiva, desde el momento en que se adquieren las participaciones de TEINVER, S.L., entra un nuevo equipo directivo en TEINVER, S.L., en VIAJES MARSANS, S.A., en TIEMPO LIBRE, S.A.U., en VIAJES CRISOL, S.A.U. y en RURAL TOURS VIAJES, S.A., en definitiva, en el grupo. Y, tal nueva dirección únicamente tenía en su*

Repárese en este escenario en la circunstancia de que el administrador de hecho se identifica con el socio mayoritario de todas las sociedades que se vinculan al grupo Marsans. Es precisamente esta mayoría de capital la que le permite gestionarlas de facto.

La consideración de los administradores de derecho como personas afectadas por la calificación del concurso es clara. Su conducta supone una infracción de los deberes de diligencia y lealtad por varias razones. En primer lugar, por permitir al administrador de hecho y socio mayoritario influir de forma dolosa y gravemente culposa en la dirección y gestión social de la empresa. Y en segundo lugar, por elaborar con inexactitud e irregularidad contable las cuentas anuales, y por autorizar la aportación de las mismas en el escrito de solicitud de concurso, lo que como ya se sabe, constituye otro supuesto legal de culpabilidad (art. 164.2.2º LC).

Por otra parte, resulta relevante señalar que en el concurso de la entidad Bat XXI, además de considerarse al administrador de derecho de la sociedad persona afectada por la calificación, se calificó también a la empresa beneficiaria de los fondos desviados con ocasión de la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor como cómplice⁴⁹³.

cúspide a POSIBILITUM BUSINESS, S.L. y a su único propietario, el Sr. Secundino. Pretender que la administración de VIAJES MARSANS, S.A. y otras únicamente incumbía a TEINVER, S.L. supone obviar la realidad de tal dirección fáctica respecto de todo el entramado expuesto y descrito en el presente procedimiento". Tal pronunciamiento se repite en el resto de las sociedades del grupo, véase, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12ª), (recurso núm. 722/2010), Roj. núm. 174/2014, de 24 de septiembre de 2014, en torno al concurso de Rural Tours Viajes, S.A.U.; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12ª), (recurso núm. 308/2010), Roj. núm. 173/2014, de 24 de septiembre de 2014, en cuanto al concurso de Tiempo Libre, S.A.U.

⁴⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), resolución núm. 378/2013 (recurso núm. 178/2013), Roj. núm. 11261/2013, de 25 de enero de 2013: *"debemos compartir el criterio del juzgado mercantil de considerar como personas afectadas por esta causa de culpabilidad a Aldan, en calidad de administrador de derecho en la fecha en la que se produjeron los hechos, y a Gepro, en calidad de beneficiaria de los fondos desviados y, por consiguiente, cómplice, tal y como le ha considerado la resolución recurrida".*

3. Efectos personales y patrimoniales. Jurisprudencia.

Por otra parte, como ya es conocido, la consideración como personas afectadas por la calificación, supone necesariamente la imposición de una serie de sanciones personales y patrimoniales orientadas a castigar las conductas realizadas por estos sujetos, al haberse presumido o probado que en su perpetración ha mediado dolo o culpa grave, además de haber causado o agravado el estado de insolvencia del deudor.

De este modo, en la totalidad de las sentencias del caso Marsans, se declara la inhabilitación de los administradores de derecho y del administrador de hecho para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona. Asimismo, se les sanciona con la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

No se impone en estas sentencias la sanción patrimonial relativa a la devolución de los bienes y derechos obtenidos indebidamente del patrimonio del deudor. No obstante, conviene apuntar que en el hipotético caso de que se impusiera en el escenario de un contrato *cash pooling*, la sanción podría alcanzar a todos los flujos financieros que la concursada realice a favor de la sociedad *pooler* con motivo de la devolución del préstamo previamente otorgado por ésta última o de las garantías contextuales prestadas a favor de la sociedad *pooler* para garantizar la deuda que una sociedad hermana tuviera con aquélla.

IV. La responsabilidad concursal.

1. Los presupuestos del artículo 172 bis de la Ley concursal y la configuración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria.

Junto a los efectos personales y patrimoniales anteriormente descritos, se configura en nuestro ordenamiento el instituto de la responsabilidad concursal, que se concreta en una eventual condena a la cobertura de todos o parte de los

créditos insatisfechos en la fase de liquidación. La referida condena no es una consecuencia directa de la calificación culpable⁴⁹⁴, sino que requiere de un pronunciamiento facultativo del juez y de la simultánea concurrencia de una serie de presupuestos previstos en el artículo 172 bis de la Ley concursal, que a continuación pasamos a analizar⁴⁹⁵.

Se requiere en primer lugar que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, es decir, por haber sido aprobado un plan de liquidación o por haberse incumplido el convenio alcanzado con los acreedores. En segundo lugar, resulta necesario que tras la liquidación de la masa activa, hubieran quedado créditos concursales y contra la masa por pagar. Estos créditos impagados constituyen el déficit concursal⁴⁹⁶. Puede comprenderse que la limitación de la responsabilidad concursal a los casos de concurso culpable que hubieran terminado en liquidación se debe a la grave situación que deviene para los acreedores si tras la liquidación de la masa activa, todavía existieran créditos insatisfechos. En este escenario, el juez del concurso

⁴⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 669/2012, (recurso núm. 597/2010), Roj. 9182/2012, de 14 de noviembre de 2012: *“de la calificación del concurso como culpable no deriva de forma necesaria e inexorable la condena de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal”*; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 644/2011 (recurso núm. 1013/2008), Roj. núm. 6838/2011, de 6 de octubre de 2011, indica que la responsabilidad concursal *“no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida”*.

⁴⁹⁵ Son muchos los autores que se han ocupado del estudio del presente artículo, entre ellos pueden destacarse los siguientes: MADRAZO LEAL, JUAN, “La cobertura del déficit”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, BELÉN, *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, primera edición, Valencia, 2015, p. 2278; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por el déficit concursal”, cit. pp. 300-305; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y concurso*, cit., pp. 1398 y ss.; ALONSO UREBA, ALBERTO, “Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1837-1868.

⁴⁹⁶ ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ, “Sobre el concepto de déficit en el artículo 172 bis de la Ley concursal”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 48, 2019.

podrá condenar a las personas afectadas a la cobertura del déficit concursal, con el fin de integrar las cantidades obtenidas con la ejecución de aquella condena a la masa activa del concurso, en beneficio de los acreedores. Nótese que la gravedad para los acreedores es menor en los supuestos en que se haya alcanzado un convenio, pues en esas circunstancias éstos tienen un alto poder de negociación con respecto a la quita y el devengo de los intereses en la espera⁴⁹⁷. Es ésta la razón por la que la celebración de un convenio excluye la condena por responsabilidad concursal. El tercer presupuesto enunciado en el referido artículo 172 bis prevé que solo las personas afectadas por la calificación culpable del concurso de una persona jurídica pueden quedar condenadas a la cobertura del déficit. Es decir, los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, así como los socios que se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.4º de la Ley concursal. En cuarto lugar, se precisa que la conducta que ha determinado la calificación culpable del concurso haya generado o agravado la insolvencia. Es precisamente la incidencia del acto en el resultado de insolvencia la que determina el alcance o cuantía de la condena.

Así, el juez habrá de decidir si las personas afectadas por la calificación, cuyas conductas han determinado la calificación culpable del concurso y han conducido a la persona jurídica a una situación de liquidación, de la que además ha resultado un déficit concursal, han de ser condenadas por responsabilidad concursal.

El presente artículo 172 bis fue reformado por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, que entre sus varias novedades, incorporó a la redacción del precepto el criterio de la medida de la generación o agravación de la insolvencia⁴⁹⁸. Ello ha

⁴⁹⁷ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores...*, cit. pp. 301 y 302.

⁴⁹⁸ El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, modificó el párrafo 1º del apartado 1 del artículo 172 bis que queda actualmente redactado del siguiente modo: “Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la

solucionado, en nuestra opinión, las significativas carencias que las normas anteriores a la reforma manifestaban en cuanto a los criterios de imputación y cuantificación de la responsabilidad concursal⁴⁹⁹. En efecto, la indeterminación en aquellas normas de los elementos configuradores de la responsabilidad concursal provocó la aparición de enfrentadas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de su naturaleza jurídica, considerada resarcitoria por

apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”.

Para una mayor comprensión de las novedades que introduce este artículo con respecto a los regímenes anteriores, léanse los artículos que le preceden y modifica:

El artículo 172 bis, incorporado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establecía: “1. *Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit (...). En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. 3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso”.*

El citado artículo derogó a su vez el artículo 172.3 de la Ley concursal, que establecía: “*Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.*

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 74/2013 (recurso núm. 1359/2011), Roj. núm. 3499/2013, de 28 de febrero de 2013, en la que el Tribunal pone de relieve la existencia de “*históricas carencias de la norma sobre las concretas pautas a seguir para la identificación de los sujetos que deben responder y la cuantificación de su responsabilidad”.*

unos⁵⁰⁰, sancionadora por otros⁵⁰¹, e incluso algunos la configuraron como una responsabilidad por deuda ajena⁵⁰².

⁵⁰⁰ CERDÁ ALBERO, FERNANDO, “La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal”, en GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA/ ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO/ MASSAGUER, JOSÉ/ CUÑAT EDO, VICENT/ PETIT LAVALL, M^a VICTORIA, *Estudios de Derecho Mercantil (Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1563 y ss.; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “Calificación del concurso,” cit., pp. 545 y ss.; ALONSO UREBA, ALBERTO, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL/ ALONSO UREBA, ALBERTO/PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, Dilex, Paracuellos del Jarama, 2003, pp. 505 y ss.; BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

En la jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), resolución núm. 644/2011 (recurso núm. 1013/2008), Roj. núm. 6838/2011, de 6 de octubre de 2011: “*La condena de los administradores de una sociedad concursada (...) a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el apartado 3 del artículo 172 de la Ley 22/2003, no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. Ello sentado, para que pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 –la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación–, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 –haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia–, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo –haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado...–. Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social –y, al fin, a la sociedad– y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable. (...) No se contradice lo expuesto con la negación de la calificación de la norma del apartado 3 del artículo 172 como sancionadora en sentido estricto –sentencias 56/2011, de 23 de febrero, y 615/2011, de 12 de septiembre– dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales –sean de hecho o de derecho– que la misma establece cumple una función de resarcimiento del “daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”.* En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), resolución núm. 614/2011 (recurso núm.

1155/2008), Roj. núm. 8004/2011, de 17 de noviembre de 2011; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 255/2012 (recurso núm. 961/2009), Roj. núm. 2877/2012, de 26 de abril de 2012; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 298/2012 (recurso núm. 1157/2009), Roj. núm. 4441/2012, de 21 de mayo de 2012.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 56/2011 (recurso núm. 1627/2007), Roj. núm. 1068/2011, de 23 de febrero de 2011, niega el carácter sancionador de la responsabilidad concursal y confirma el carácter resarcitorio, al establecer lo siguiente: *“carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales –sean de hecho o de derecho- deriva de serles imputable –por haber contribuido, con dolo o culpa grave- la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada, lo que significa decir el daño que indirectamente sufrieron los acreedores de ..., en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”*.

⁵⁰¹ MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores...*, cit.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *La calificación del concurso...*, cit.; ASENJO RODRÍGUEZ, ELENA, “Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, p. 304: *“En torno al dilatado debate sobre la naturaleza de esta acción –regulada en el art. 172 bis LC- no hay mucho más que aportar, sin embargo, la determinación es importante para entender su operativa y aplicabilidad. Es por ello que debemos mencionar que el carácter sancionador –concretamente de sanción civil- se ajusta más al esquema que esta acción presenta. Si tuviera carácter resarcitorio este sería bien distinto y sería preciso establecer una relación causal entre acción u omisión imputable al administrador y los daños que pudieran generarse, cuestión que hoy la norma no exige. Además, debe tenerse en cuenta que de ser así no se habría creado esta acción específica sino que bastaría con las acciones societarias, que además se solaparían con esta, dificultando su coordinación”*.

⁵⁰² El Tribunal Supremo consideró la responsabilidad concursal como una responsabilidad por deuda ajena. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 501/2012 (recurso núm. 373/2010) Roj. núm. 5172/2012, de 17 de julio de 2012: *“un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además, tuviesen la de persona afectada; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal”*.

Esta postura fue refutada por el voto particular del Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm.

La actual redacción del artículo 172 bis pone fin a aquellos debates e incertidumbres. Con la incorporación del nexo causal, ya no hay duda de que la responsabilidad concursal, en la medida que se concreta en la reparación de un daño generado a la sociedad concursada y por derivación a sus acreedores, cumple

669/2012 (recurso núm. 597/2010) Roj. núm. 9182/2012, de 14 de noviembre de 2012: *“La responsabilidad ex. art. 172.3 LC no es la prolongación de la responsabilidad del art. 367 LSC en caso de concurso de acreedores de la sociedad, pues sus presupuestos son distintos. Requiere, entre otros requisitos, que el concurso sea declarado culpable por cualquiera de las causas reguladas en los arts. 164 y 165 LC, y la conducta que justifica esta responsabilidad, aunque se ligue a cualquiera de aquellos comportamientos, en cualquier caso no coincide con el incumplimiento del deber legal de promover la disolución. Y, lo que es más importante, el contenido de la responsabilidad es distinto, pues se condena, en la versión actual del art. 172 bis LC se ve más claro, a la cobertura, total o parcial, del déficit. Esto último no supone hacer garante a dichos administradores de todos los créditos concursales ni siquiera de una parte de ellos, sino que el déficit, representado por el montante de créditos presumiblemente insatisfechos con la liquidación, sirve de parámetro orientativo del importe de la condena que, en última instancia, se integrará “en la masa activa del concurso”, que servirá para atender los gastos del concurso, en cuanto créditos contra la masa, incluso con anterioridad al pago de los créditos concursales insatisfechos. Por esta razón no cabe calificar esta responsabilidad como un “supuesto de responsabilidad por deuda ajena”. Lo sería si la condena legitimara a los acreedores afectados a reclamar el cumplimiento de esta deuda, como ocurre con el supuesto del art. 367 LSC, pero como vemos, no es el caso. La condena es al pago de una determinada cantidad, aunque quede fijada en función de una determinada proporción del déficit, como se desprende del apartado 1 del actual art. 172.bis LC”. (...) En el caso del art. 367 LSC, está clara la conducta a la que se asocia la responsabilidad (el incumplimiento de un preciso deber legal) y el contenido de la responsabilidad guarda una relación lógica con el incumplimiento del deber legal, se responde de la actualización o materialización del riesgo generado. En el supuesto del art. 172.3 LC (actual art. 172 bis LC), bajo la interpretación de la sentencia de la mayoría, la responsabilidad no se asocia necesariamente a la realización de unas determinadas conductas, las empleadas para calificar culpable el concurso, sino que su apreciación depende de una justificación añadida, que servirá para imponer la responsabilidad y determinar su alcance. Esto es, la mera realización de cualquiera de las conductas tipificadas en los arts. 165 y 165 LC que justifican la calificación culpable del concurso, no determinan por sí la condena a cubrir el déficit concursal. Ese algo más, o circunstancia añadida o valorativa, en el parecer de la mayoría, se sigue anudando de forma genérica a “los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable”.*

con una función resarcitoria o indemnizatoria, orientada a la protección de los intereses de los acreedores y no a la penalización del administrador⁵⁰³.

⁵⁰³ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por el déficit...”, cit., p. 2260: “Si existía alguna duda antes de la reforma acerca de los elementos configuradores de esta responsabilidad y de su naturaleza jurídica, con el actual artículo 172 bis es claro que el déficit es el daño indirecto provocado por el estado de insolvencia que ha motivado la apertura del procedimiento concursal, en el seno del cual se realiza la liquidación y con ella se constata la insuficiencia del activo para pagar todos los créditos, lo que está en consonancia con la naturaleza de la responsabilidad preconocida desde un principio por la jurisprudencia, desde las Sentencias del Tribunal Supremo (1ª) 23.2.2011 y 12.9.2011”.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 991), resolución núm. 772/2014 (recurso núm. 473/2013), Roj. núm. 256/2015, de 12 de enero de 2015 niega el carácter sancionador de la responsabilidad concursal y reafirma el carácter resarcitorio: “la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia” (...) “la norma que regula la responsabilidad concursal no... establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador sino proteger los intereses de los acreedores sociales”.

Algunos autores, sin embargo, se han opuesto a la consideración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad puramente resarcitoria, argumentando a tales efectos que el enlace causal entre la conducta y el daño indemnizable no es directo sino indirecto; la cantidad obtenida con la condena no se reintegra automáticamente en el patrimonio del acreedor sino en la masa activa; y la procedencia de la condena se supedita a unos requisitos que son impropios de la responsabilidad resarcitoria. Desde este punto de vista, han considerado que la responsabilidad concursal tiene naturaleza tertium genus, en la que confluye un carácter resarcitorio con otro sancionador. Véase: MADRAZO LEAL, JUAN, “La cobertura del déficit”, cit., p. 2279 y 1180: “La responsabilidad concursal queda legalmente configurada como una responsabilidad causal, si bien en unos términos que hacen de ella más una categoría de responsabilidad tertium genus, que un exponente de responsabilidad resarcitoria o indemnizatoria stricto sensu” (...) “Téngase en cuenta, en primer lugar, la propia configuración del nexo causal exigido. De un lado, no requiere un enlace causal directo entre la acción u omisión y el daño indemnizable (el déficit), sino entre la acción u omisión y la insolvencia. De otro lado, concurriendo el nexo causal directo, la norma da por supuesto el enlace indirecto entre la conducta culpable y el daño indemnizable (el déficit). Como consecuencia de orden procesal, la prueba deberá versar en este extremo exclusivamente sobre el nexo directo. En segundo lugar, aunque el patrimonio beneficiario del resarcimiento es en última instancia el que ha sufrido el daño (el de cada titular de

Asimismo, ha aclarado la doctrina que el déficit concursal se identifica con el daño indirecto derivado de la insolvencia generada o agravada por la conducta culpable, que se concreta en la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos. Este daño indirecto o déficit concursal, como ya hemos avanzado, habrá de cubrirse total o parcialmente por las personas afectadas por la calificación culpable del concurso, en función de la incidencia que su conducta hubiera provocado en el resultado de insolvencia.

Vistos los elementos que comprenden el instituto de la responsabilidad concursal, ya podemos abordar las particularidades que presenta en nuestro concreto supuesto de hecho.

crédito fallido), de forma inmediata el importe de la conducta se integra en la masa activa (artículo 172 bis.3 LC). En tercer lugar, no puede olvidarse que el nacimiento de la responsabilidad concursal se supedita a la presencia de unos presupuestos impropios de la responsabilidad resarcitoria. Como ya se ha expuesto en la doctrina, desde la perspectiva de una responsabilidad puramente resarcitoria, no resulta justificable que la procedencia de la reparación del daño quede limitada, por una parte, a los supuestos de dolo y culpa grave, y por otro lado, a los casos de formación o reapertura de la fase de clasificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. En definitiva, todo ello conduce a reconocer en el régimen de la responsabilidad concursal, además de una función reintegradora, una función sancionadora, propia del proceso concursal". En este mismo sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, "En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal (Comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)", Anuario de Derecho Concursal, núm. 14, 2008, pp. 352 y ss.

Otros autores se han opuesto a la actual redacción del artículo 172 bis LC y defienden una responsabilidad concursal con naturaleza sancionadora. Véase: GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y Concurso*, cit., pp. 1404 y ss.; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit. pp. 324 y ss.

V. La responsabilidad concursal y el contrato de *cash pooling*.

1. Compatibilidad de la responsabilidad concursal con las demás acciones civiles y societarias de responsabilidad.

Nos hemos preguntado si en el contexto de nuestro supuesto de hecho, la particular sociedad filial concursada, además de procurar el restablecimiento de su patrimonio social por el cauce de la condena a la cobertura del déficit concursal, puede ejercer simultáneamente otras acciones generales de responsabilidad de los administradores.

Éste es precisamente uno de las principales interrogantes que ha supuesto la configuración de la responsabilidad concursal como una responsabilidad de naturaleza resarcitoria. Es decir, la dificultad reside en el hecho de que tales acciones generales de responsabilidad de los administradores, fundamentalmente de carácter civil y societario, poseen la misma naturaleza resarcitoria. Nos referimos por un lado, a la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley concursal, y por otro lado, a las acciones propias del régimen societario, bien a través del cauce de la acción social de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes de la Ley de sociedades de capital, o a través del cauce de la acción individual de responsabilidad que establece el artículo 241 de la misma Ley.

Así, una parte de la doctrina ha considerado que la responsabilidad concursal, tal y como ha quedado configurada en el actual artículo 172 bis de la Ley, puede dificultar su coordinación o incluso colisionar con los demás regímenes indemnizatorios previstos en el ordenamiento, alegando a tal efecto que entre los mismos se detectan notables elementos en común, a saber: todos los sistemas de responsabilidad indicados están encaminados a alcanzar un resultado resarcitorio idéntico, basado en la reparación del daño generado a la sociedad concursada y a sus acreedores; que la cantidad que se obtiene en el ejercicio de tales acciones se integra en la masa activa del concurso, salvo en el caso de la acción individual porque en este supuesto, al haberse lesionado los intereses de los socios o acreedores del demandante, la cantidad obtenida habrá de integrarse

directamente en el patrimonio de los particulares sujetos; que la responsabilidad viene impuesta por el juez a petición de la administración concursal y va dirigida a los administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, que tienen que hacer frente a la misma con su patrimonio personal; y que los tres regímenes permiten imponer sus efectos en el supuesto de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, y la conducta realizada con dolo o culpa grave, determinante de la calificación culpable del concurso, hubiera generado o agravado la insolvencia⁵⁰⁴.

Estas circunstancias, según han acusado estos autores, pueden provocar la superposición de los regímenes, dado que podría suceder que en el ámbito de la sección de calificación se impusiera a un mismo sujeto varias condenas con igual contenido y finalidad, lo que en palabras de los mismos resultaría absurdo, superfluo y redundante, además de suponer una ruptura del principio de economía procesal y una carga injustificada para los jueces, que habrán de coordinar las diversas indemnizaciones. Desde esta perspectiva, opinan que sería más conveniente configurar la responsabilidad concursal como una responsabilidad de naturaleza sancionadora, para lo que proponen eliminar el nexo causal establecido en el actual artículo 172 bis de la Ley concursal⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso ...*, cit. pp. 338-353; ASENJO RODRÍGUEZ, ELENA, “Coordinación entre las acciones de responsabilidad...”, cit., pp. 301-318; GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y Concurso*, cit., pp.1409 y 1410.

⁵⁰⁵ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit. pp. 338: “adoptando la tesis de la naturaleza sancionadora, la responsabilidad concursal se configuraría como una sanción no necesaria que el juez podría imponer a las personas afectadas por la calificación a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y siendo la misma acumulable a la indemnización de daños y perjuicios y a la eventual responsabilidad por daños compatible con la declaración del concurso. De esta forma, los administradores responderían frente a la sociedad de los daños producidos en el patrimonio social siempre que mediase relación de causalidad entre la conducta y el daño causado (arts. 236 y ss. LSC en relación con los arts. 48 quáter y 172.2.3º LC) y además, siendo el concurso culpable e imponiéndose los efectos personas y patrimoniales asociados a tal calificación, podría el juez condenar a la cobertura total o parcial del fallido concursal cuando se diesen los presupuestos concretos y previa justificación motivada de dicha sanción civil”; ASENJO RODRÍGUEZ, ELENA, “Coordinación entre las acciones de responsabilidad...”, cit., pp. 304 y 305; GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y Concurso*, cit., pp. 1409 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, “La responsabilidad...”, cit., pp. 233-234.

Esta tesis no nos parece acertada; compartimos con otros autores que la denunciada incompatibilidad solo podría proceder en caso de un equivocado entendimiento del alcance del daño indemnizable que corresponde a cada uno de estos regímenes. A este respecto, consideramos que tanto la indemnización por daños y perjuicios, como las acciones social e individual de responsabilidad societaria van siempre ligadas a los daños directamente ocasionados por la conducta ilícita⁵⁰⁶, que en este caso habrán determinado la calificación del concurso como culpable, pero no a los daños indirectos derivados de la insolvencia generada o agravada por dicha conducta. Es decir, los créditos insatisfechos tras la liquidación solamente podrán ser reparados por medio de la específica condena a la cobertura del déficit concursal prevista en el artículo 172 bis LC. De este modo, puede concluirse que no hay incompatibilidad ni duplicidad entre ambas sanciones. Para la determinación del déficit concursal, el juez considerará la restitución de las cantidades obtenidas con ocasión de la ejecución de aquellas acciones, pues este resultado incrementará la masa activa y comportará en consecuencia una aminoración de la cuantía del déficit concursal⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ En cuanto al carácter directo del daño resarcible por la acción social de responsabilidad, véase: LARA, RAFAEL, “La acción social de responsabilidad...”, cit., p. 104: *“La acción social de responsabilidad se dirige, por ende, a proteger y defender el patrimonio de la sociedad frente a los daños o lesiones que los actos u omisiones ilegales, antiestatutarios o incumplidores de los deberes de los administradores hayan provocado directamente sobre el mismo; esto es, de los daños que los administradores hayan causado a la mercantil por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo (art. 23.1 LSC), debiendo existir, en todo caso, un nexo causal entre la acción u omisión ilícita y el daño sufrido por la sociedad”*; En cuanto al carácter directo del daño resarcible por la acción individual de responsabilidad, véase: ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO, “La acción individual de responsabilidad”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, p. 195.

⁵⁰⁷ En cuanto a la compatibilidad entre la responsabilidad concursal y la responsabilidad por daños y perjuicios, véase: SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por...”, cit., pp. 2260-2262: *“Ambas responsabilidades, que se refieren a perjuicios diferentes, uno es directo y el otro indirecto, son compatibles. Entre ellas no tiene por qué existir duplicidad de condenas, pues la determinación del déficit tiene en cuenta las eventuales y previas pérdidas de derechos, devolución de lo percibido e indemnización de daños y perjuicios del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal. Así, por ejemplo, en un caso en que la calificación viene justificada por un alzamiento de bienes, que además ha provocado la insolvencia de la*

Por tanto, respondiendo a la cuestión planteada al inicio del epígrafe, no parece haber inconveniente en que la sociedad filial ejerza frente al administrador social y frente a la sociedad *pooler* el conjunto de las acciones referidas. Es decir, por un lado, la acción de responsabilidad concursal, con el objeto de que aquéllos cubran el daño indirecto o déficit concursal producido como resultado de la acción culpable; y por otro lado, la acción por daños y perjuicios, y las demás acciones societarias para restituir los daños directos que las conductas culpables e ilícitas hubieran ocasionado en el patrimonio de la sociedad.

2. La incidencia de la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio, y de la irregularidad contable en la generación o agravación de la insolvencia.

Hemos repetido a lo largo del capítulo que para que proceda la condena por responsabilidad concursal es necesario que la conducta culpable imputable a la persona afectada por dicha calificación haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. La ausencia de la referida relación causal impide medir la incidencia de la conducta en el resultado de insolvencia y por tanto, impide cuantificar el daño indemnizable que es imputable a cada una de las personas afectadas.

entidad, el administrador podría ser condenado a restituir los bienes o a indemnizar a la sociedad con el valor de dichos bienes y el perjuicio de no recuperar dichos bienes (or ejemplo la revalorización de dichos bienes) y también, en la medida en que dicho acto provocó la insolvencia o la agravó, a pagar total o parcialmente el déficit concursal. No hay duplicidad de condenas, pues para la determinación del déficit se tendrá en cuenta la restitución de los bienes alzados o de su valor, que al incrementar la masa activa redundará en la minoración del déficit"; Asimismo lo reitera el Magistrado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a), resolución núm. 348/2010 (recurso núm. 364/2009), Roj. núm. 11309/2010, de 3 de noviembre de 2010; En el mismo sentido, MADRAZO LEAL, JUAN, "La cobertura del déficit", op. cit., p. 2281.

En cuanto a la compatibilidad entre la responsabilidad concursal y la acción social de responsabilidad, véase: MADRAZO LEAL, JUAN, "La cobertura del déficit", cit., p. 2283.

En este sentido, volviendo a nuestro supuesto de hecho, nos hemos preguntado cómo repercute esta norma en conductas como la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor y la irregularidad contable, que por considerarse hechos de mera actividad, no guardan una relación directa con la generación o agravación de la insolvencia. Esta circunstancia ha provocado interpretaciones muy dispares en la doctrina y en la jurisprudencia a las que conviene atender para ofrecer una respuesta, cuanto menos, justificada.

Antes de entrar de lleno en el asunto, nótese que el problema aludido no se observa en los supuestos en los que la calificación culpable del concurso haya procedido por la vía de la cláusula general del artículo 164.1 de la Ley concursal, ya que en estos casos, la necesaria apreciación de una prueba de causalidad entre la conducta indebida y la generación o agravación de la insolvencia para calificar el concurso como culpable permite, sin aparentes inconvenientes, cuantificar la condena a la cobertura del déficit concursal⁵⁰⁸.

Mayores dificultades se han observado, no obstante, en aquellos otros escenarios en los que la calificación culpable del concurso se ha basado en alguno de los supuestos y presunciones de culpabilidad enunciados en los artículos 164.2 y 165 de la Ley concursal⁵⁰⁹. Es conocido que éstos representan hechos de mera actividad, de forma que la lesión al bien jurídico se consuma en el momento en que se realiza alguna de las acciones u omisiones descritas en aquellos preceptos, sin necesidad de que se produzca un resultado. En este sentido, si bien la realización de tales conductas comporta un riesgo, no siempre ocasiona un resultado de insolvencia⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por...”, cit., pp. 2267 y 2268.

⁵⁰⁹ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por...”, cit., pp. 2268 y 2269; MADRAZO LEAL, JUAN, “La cobertura del déficit”, cit., p. 2293; MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit. pp. 311- 318.

⁵¹⁰ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit. p. 329: “La mayoría de estos supuestos y presunciones están referidos a infracciones de mera actividad, en las que el bien jurídico lesionado es la creación de un riesgo con independencia del concreto resultado causado”.

Considerado esto, téngase en cuenta que si bien la ausencia de una prueba que constate el enlace causal de tales supuestos y presunciones de culpabilidad con la insolvencia no constituye impedimento alguno para calificar el concurso como culpable, sí comporta, como ya sabemos y como se desprende del artículo 172 bis, un obstáculo a la atribución de una condena por responsabilidad concursal⁵¹¹.

En efecto, la procedencia automática o *iuris tantum* de la responsabilidad concursal no resulta coherente con los fines que persigue la sección sexta. Esto es, la ausencia de una prueba de enlace causal impide en primer lugar, la satisfacción de los créditos a los acreedores, en cuanto que ello hace imposible la cuantificación del daño indemnizable⁵¹², y en segundo lugar, impide la represión de las conductas culpables.

En base a esta última consideración, entienden algunos autores que la apreciación de las conductas como hechos de mera actividad hace inviable la prestación de la prueba causal, con la indeseable consecuencia de que ciertas personas afectadas por la calificación culpable que con casi toda certeza devendrían responsables en base a criterios de gravedad objetivos, eludirán la condena por carecer el juez de la citada prueba⁵¹³.

⁵¹¹ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit. p. 329; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por...”, cit., p. 2269: “*La presunción que opera fácilmente para la calificación culpable de concurso, no puede hacerlo de forma automática para la condena a la cobertura del déficit, porque para ello no basta con la presunción de que ha contribuido a agravar la insolvencia, sino que es preciso determinar, aunque sea de forma estimativa, en qué medida, cuantía o proporción lo ha hecho, para aquilatar el alcance de la condena*”.

⁵¹² SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por...”, cit., p. 2269.

⁵¹³ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit. p. 331: “*En nuestra opinión, creemos que exigir el nexo causal con la insolvencia para poder condenar a la cobertura del fallido concursal en una estructura de calificación en la que la mayoría de los supuestos están desligados completamente de dicho estado patrimonial por tratarse de tipos de simple actividad equivale a no poder aplicar nunca tal responsabilidad*”. Y añade en la p. 323 que: “*resulta evidente que con el sistema actual no se consigue la represión de los comportamientos tipificados por la normativa concursal al no existir dicho enlace con la insolvencia. (...) Por ello, consideramos que lo más acertado y coherente con el régimen de calificación concursal sería retomar el criterio de la gravedad objetiva y que el juez decidiera*”.

En nuestra opinión, esta tesis no puede aceptarse de forma estricta o rigurosa ya que la conducta considerada de mera actividad, no siempre resulta ser del todo ajena al resultado de insolvencia⁵¹⁴.

Así, respondiendo a la cuestión planteada al inicio del epígrafe, consideramos por un lado que la conducta consistente en la salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor, precisamente por su propio carácter fraudulento, incidirá la mayor parte de las veces en la generación de la insolvencia, o cuanto menos, en su agravación. Ello sobre todo si la conducta ha tenido lugar en un entorno de proximidad temporal a la insolvencia o en uno en el que la misma ya era evidente⁵¹⁵.

Por otro lado, aunque es probable que la realización de una irregularidad contable impida conocer con precisión la causa concreta que ha generado o agravado la insolvencia y en qué medida lo ha hecho, compartimos con algunos autores y con

sobre la base de la gravedad de las conductas que han servido para la calificación del concurso como culpable y por el grado de culpa imputable a cada uno de las personas afectadas por la calificación, lo que exigirá a su vez atender a la participación que hubieran tenido y al mayor o menor dolo o culpa grave con que hubieran actuado”.

⁵¹⁴ Véase voto particular del Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 298/2012 (recurso núm. 1157/2009), Roj. núm. 4441/2012, de 21 de mayo de 2012: *“La discordancia se centra en torno a la calificación culpable de concurso basada en alguna de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC, pues para enjuiciar la mera calificación culpable del concurso (art. 172.2.1ª LC), con la consiguiente aplicación de las consecuencias necesarias previstas en los números 2º y 3º del art. 172.2 LC, no se precisa la acreditación de la agravación o generación de la insolvencia. Pero si se pretende hacer responder a los administradores o liquidadores de la sociedad concursada de la cobertura total o parcial del déficit, bajo la ratio iuris antes expuesta del art 172.3 LC, resulta lógico que se reserve a los supuestos en que se haya contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, lo cual tampoco es del todo ajeno a las conductas tipificadas”.*

⁵¹⁵ Voto particular del Sr. Magistrado Ignacio Sancho Gargallo en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 298/2012 (recurso núm. 1157/2009), Roj. núm. 4441/2012, de 21 de mayo de 2012: *“Y es que en muchos casos (...) las enajenaciones fraudulentas habrán motivado, cuando menos, un agravamiento de la insolvencia, lo que debería ser tenido en consideración para condenar en su caso el pago al déficit”.*

una destacada jurisprudencia que en esta situación queda justificado presumir la responsabilidad de la persona afectada por la calificación culpable, toda vez que aquellos extremos no pueden constatarse precisamente por culpa del incumplimiento de un deber legal suyo, basado en una correcta llevanza de la contabilidad⁵¹⁶.

2.1. Jurisprudencia.

Hemos expuesto en el epígrafe anterior la postura de los autores que entienden que las conductas de mera actividad obstaculizan cualquier posibilidad de constatar una relación causal entre las mismas y el resultado de insolvencia, entorpeciendo en consecuencia la condena por responsabilidad concursal. En efecto, tal contingencia puede instituir en ocasiones, insistimos que no en todos los casos, un medio relativamente eficaz para las personas afectadas por la calificación para eludir su condena a la cobertura del déficit.

Ello se comprueba en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en el caso Marsans⁵¹⁷, en las que algunas de las personas afectadas apelaron sin

⁵¹⁶ MADRAZO LEAL, JUAN, “La cobertura del déficit”, cit., p. 2294; SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “La responsabilidad por...”, cit., p. 2270, y en el Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), resolución núm. 298/2012 (recurso núm. 1157/2009), Roj. 4441/2012, de 21 de mayo de 2012: “Y, respecto de las conductas tipificadas en los ordinales 1º y 2º cuya realización pueda impedir en un caso concreto el conocimiento de las causas de la generación y/o agravación de la insolvencia [como puede ser la ausencia de libros de contabilidad o las irregularidades que impiden conocer la situación económico-patrimonial del deudor antes del concurso (artículo 164.2.1º LC); las inexactitudes graves en la documentación presentada con la solicitud del concurso (artículo 164.2.2º LC)], estaría justificado que presumiéramos la responsabilidad de la persona afectada por la calificación en la generación o agravación de la insolvencia, pues debido al incumplimiento de un deber legal suyo no es posible conocer con precisión dichas causas. Pero siempre que la ausencia de libros, las irregularidades contables o las inexactitudes en la documentación aportada con la solicitud de concurso impidan conocer las causas que han podido generar o agravar la insolvencia, pues de otro modo no guardan relación con ello”.

⁵¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 168/2017 (recurso núm. 191/2015), Roj. núm. 4870/2017, de 28 de marzo, de 2017; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 135/2018 (recurso núm. 237/2016), Roj. núm. 6558/2018, de 23 de febrero de 2018; Sentencia de la

éxito el pronunciamiento del juez por el que se las condenaba a la cobertura del déficit concursal, con el argumento de que las conductas que llevaron a la calificación del concurso como culpable, entre ellas, la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor y la irregularidad contable, no guardan una efectiva relación con la insolvencia.

Este argumento podría haberse valorado y estimado de no ser por la circunstancia de que las sentencias apeladas son anteriores a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014, que al configurar la responsabilidad concursal como una responsabilidad con naturaleza resarcitoria impidió el empleo del principio de retroactividad, que únicamente es predicable respecto de las normas con naturaleza sancionadora. Esto llevó a que la Audiencia Provincial no pudiera aplicar el actual artículo 172 bis, sino el régimen vigente a la fecha de la apelación, en el que la concurrencia de una prueba que justificara la relación causal entre la conducta y el resultado de insolvencia no era un presupuesto preciso o determinante para la atribución de la responsabilidad concursal⁵¹⁸. En coherencia con lo anteriormente expuesto, el parámetro empleado por la Audiencia para cuantificar la condena no fue el daño causado, es decir, la eventual incidencia de la conducta en la generación o agravación de la insolvencia, sino la gravedad objetiva

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 105/2018 (recurso núm. 149/2016), Roj. núm. 2753/2018, de 9 de febrero de 2018.

⁵¹⁸ Todas las sentencias del caso Marsans dictadas por la Audiencia Provincial referidas, cit., citan la sentencia núm. 71/2017 de 15 de febrero de 2017, y establecen que: “La sentencia de la anterior instancia invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, que estableció el criterio de que la reforma operada en la materia por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, no resultaba de aplicación al caso, ya que la norma afectada no es sancionadora, sino que establece un régimen agravado de responsabilidad civil, por lo que no puede aplicarse a secciones de calificación abiertas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma. Tampoco tiene el carácter de norma interpretativa o aclaratoria, ya que la modificación legal ha introducido un régimen de responsabilidad y unos criterios de distribución de los riesgos de insolvencia diferentes de los que establecía la anterior normativa”.

de la condena y el grado de participación del condenado en los hechos que determinaron la calificación del concurso⁵¹⁹.

En todo caso, la defensa del argumento de que las conductas de mera actividad impiden determinar una relación causal entre las mismas y la insolvencia, dificultando por tanto la condena por responsabilidad concursal, no ha prosperado en otros casos en los que sí ha resultado aplicable el actual artículo 172 bis de la Ley concursal, al menos en los escenarios en los que la calificación culpable se ha basado en una salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor y en una irregularidad contable.

Así se puede comprobar, entre otras muchas sentencias, en una dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, a propósito del concurso de una de las filiales del grupo Marsans. En ella se justifica la relación causal entre las mencionadas conductas de mera actividad y la generación o agravación de la insolvencia. En el

⁵¹⁹ A este respecto, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), resolución núm. 168/2017 (recurso núm. 191/2015), Roj. núm. 4870/2017, de 28 de marzo, de 2017, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2012 que señala lo siguiente: *“el artículo 172.3 (...) atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fijaba ningún criterio para identificar a los concretos administradores que deberían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”*. En base a ello, la Audiencia Provincial concluye que *“improsperables, en aplicación de la doctrina jurisprudencial citada, los planteamientos del apelante por los que solicita ser exonerado de la condena a la cobertura del déficit con base en la inexistencia de dolo o culpa grave y de vínculo causal entre su conducta y la insolvencia de VIAJES MARSANS, S.A., lo cierto es que no ha llegado a plantear el Sr. Hernán, ni en su oposición a la calificación ni –lógicamente- en su actual recurso, ningún argumento subsidiario con arreglo al cual, caso de afirmarse la procedencia de esa clase de condena, debiera ser modulada su cuantía con base en los criterios proporcionados por la jurisprudencia (gravedad objetiva de la conducta determinante de la calificación y grado de participación en ella del apelante) o con base en cualesquiera otras circunstancias dignas de consideración”*.

concreto escenario de un contrato de *cash pooling*, el juez dictaminó que tanto las transferencias ingentes de tesorería realizadas por parte de las empresas del grupo a otras entidades externas que no ofrecían garantías de devolución, como la ausencia de provisión en las cuentas anuales de aquellas deudas, que condujeron a un escenario de incertidumbre en terceros que endureció en consecuencia las condiciones de financiación y la exigencia de avales, causaron y agravaron el estado de insolvencia de la sociedad filial ⁵²⁰.

3. Individualización de la condena.

En las referidas sentencias del caso Marsans, se condena a todos los administradores de hecho y de derecho a cubrir de forma conjunta y solidaria el déficit concursal. Esta referencia irrumpe con el imperativo legal del apartado 3 del artículo 172 bis.1 que establece que “en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”. En otras palabras, la norma precisa una distribución del porcentaje del déficit en función del grado de participación de cada persona condenada. Ello no impide, sin embargo, que en casos en los que se aprecie un grado de participación idéntico, o se carezca de elementos suficientes para la individualización, la condena se distribuya en partes iguales⁵²¹.

A este respecto, se han cuestionado algunos autores si no sería más conveniente aplicar en estas situaciones la regla de la mancomunidad. Ello en base de que a falta de una previsión expresa en el artículo 172 bis relativa a la aplicación del régimen de solidaridad, habría de aplicarse las reglas de la mancomunidad, tal y como establecen los artículos 1137 y 1138 del Código civil⁵²². Otros autores, sin

⁵²⁰ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12), resolución núm. 1/2015, (recurso núm. 361/2010), Roj. núm. 5049/2015, de 8 de enero de 2015.

⁵²¹ MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., p. 320.

⁵²² Artículo 1137 del Código Civil: “*La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir,*

embargo, han señalado que la ausencia de aquel pronunciamiento expreso en el texto legal no comporta necesariamente la determinación del carácter mancomunado, y defienden a estos efectos que lo más adecuado será dejar tal valoración al arbitrio judicial⁵²³

4. Notas finales.

Conviene insistir en que la calificación culpable del concurso y la condena por responsabilidad concursal, tanto si traen causa de una salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor como de relevantes incumplimientos del deber de llevanza de la contabilidad, han de entenderse como manifestaciones patológicas del *cash pooling*, pues ha de tenerse presente que el hecho de que el modelo de gestión pueda conducir a tales consecuencias en presencia de circunstancias excepcionales y aisladas, de ningún modo constituye un indicador de que el sistema sea en sí mismo ilícito. Los flujos de tesorería no suponen en sí una salida fraudulenta de bienes, ni la gestión centralizada comporta una irregularidad contable.

*ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter solidaria”; Artículo 1138 del Código Civil: “Si el texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”. Véase: MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso...*, cit., pp. 320 y 321.*

⁵²³ GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, *Jurisprudencia y concurso*, cit., pp. 1424 y 1425.

CONCLUSIONES

1^a.- El contrato de *cash pooling* se define como un pacto en virtud del cual, las empresas que participan en él, se obligan a traspasar de manera periódica, normalmente a diario, sus saldos acreedores y deudores a una cuenta contable común, obligándose una de ellas, la sociedad *pooler*⁵²⁴, a gestionar los saldos consolidados en la misma con la finalidad principal de optimizar la posición global del conjunto.

Se caracteriza por ser un contrato mercantil, atípico, no formal, de derecho real y obligacional, plurilateral o sinalagmático, y de tracto duradero. Viene normalmente integrado por un acuerdo inicial, que venimos denominando de *cash pooling*, por el que las partes se comprometen a celebrar sucesivas relaciones jurídicas en los términos previstos en aquel otro, destinadas todas ellas a obtener una mejor eficacia de los recursos del grupo. En definitiva, el contrato de *cash pooling* tiene efectos inmediatamente vinculantes y en virtud del mismo, se coordinan, proyectan y regulan una serie de contratos secundarios de obligada celebración, que pese a constituir actos jurídicos independientes, forman una unidad indisociable y una verdadera interdependencia jurídica y funcional. Podría aceptarse de este modo que el *cash pooling* es un contrato con carácter definitivo.

2^a.- El contrato de *cash pooling* en los grupos de sociedades encuentra su causa principal en la necesidad de combatir determinadas fuerzas de mercado, como la competencia entre las empresas o el encarecimiento de sus costes esenciales, así como en el deseo de lograr una racionalización y organización eficiente de la actividad, aumentando su rentabilidad tanto como sea posible.

El coste de organizar las sucesivas transacciones en el interior de la empresa, en ocasiones puede resultar superior al coste de perfeccionarlas en un mercado abierto y descentralizado. En el ámbito de un contrato de *cash pooling*, la reducción de costes de transacción a través de la contratación de terceros, comúnmente

⁵²⁴ En este trabajo, la sociedad *pooler* se identificará con la sociedad matriz en todos los supuestos.

denominado en la práctica empresarial como “*outsourcing*”, resulta evidente. Ello se comprueba en la reducción de los costes de información que supone la convocatoria de los órganos sociales para la adopción de decisiones financieras ordinarias, en la reducción de costes administrativos, o en la disminución de los costes de control y estratégicos.

Las ventajas del sistema de gestión se relacionan con una mejor colocación y coordinación de los recursos de liquidez y financieros, un mejor control de la situación económica y financiera diaria que presenta cada empresa que forma el grupo, un incremento del flujo y de la calidad de información entre la matriz y las filiales, un incremento de la capacidad de negociación del grupo de sociedades en su conjunto frente a los bancos, dado el volumen de fondos centralizados, así como la eliminación de funciones duplicadas.

3ª.- En cuanto a su naturaleza jurídica, entendemos que se trata de un contrato atípico y mixto. En él concurren elementos de una pluralidad de contratos que pese a estar regulados, en su conjunto no lo identifican. En primer lugar, el *cash pooling* puede explicarse como un contrato de préstamos recíprocos con pacto de cuenta corriente. Las razones son varias:

Por un lado, si bien es cierto que la causa unitaria del contrato de *cash pooling* no se corresponde únicamente con la financiera, sí parece posible considerar que los barridos de liquidez entre la cuenta centralizadora y las cuentas periféricas cumplen una función de crédito. Es decir, la puesta a disposición de fondos entre la sociedad *pooler* y las empresas del grupo constituye, en nuestra opinión, un negocio de préstamo.

Por otro lado, pese a que la progresividad en la compensación de saldos que caracteriza al *cash pooling* impide su calificación como un contrato de cuenta corriente mercantil, cuyo elemento principal es la inexigibilidad de los créditos hasta el cierre de la cuenta, sí consideramos que en la medida que el sistema de gestión de la tesorería produce remesas recíprocas de dinero entre las partes, es posible incorporar al negocio de préstamo un pacto de cuenta corriente que

permita la liquidación por compensación progresiva o automática de los saldos reunidos en la cuenta centralizadora.

En segundo lugar, entendemos que la comisión mercantil constituye el instrumento idóneo para que las sociedades participantes encarguen a la sociedad *pooler* la gestión del conjunto de flujos de tesorería ascendentes que realizan con ocasión del sistema de gestión. El carácter duradero con que la sociedad *pooler* realiza esta función no parece suponer un obstáculo para el reconocimiento de esta conclusión, porque pese a ser la comisión un contrato de tracto instantáneo, puede contener en su objeto la ejecución de una serie de actos contiguos o una pluralidad de encargos, como ocurre en el caso que nos ocupa.

4^a.- Como extensión del contrato de *cash pooling*, es habitual que se proceda además a la centralización de la cuenta de pagos y cobros de todas las empresas. De esta forma, las empresas no tienen cuentas de cobro o pago con sus acreedores o proveedores, sino que todas sus relaciones se vinculan a la sociedad *pooler*, que se encarga de cobrar o pagar a aquellos.

Entendemos que este modelo de organización tiene la naturaleza jurídica de un contrato de comisión mercantil con pacto de cuenta corriente. En este contexto reside el derecho de las sociedades participantes (comitentes) de enviar ordenes singulares de ejecución de cobros y pagos a la sociedad *pooler* (comisionista), así como la posibilidad de liquidar por medio del mecanismo de la compensación las relaciones recíprocas en los términos que se pacten, por lo general a tiempo real. La razón por la que deducimos que es posible compensar obligaciones que tienen un origen común y derivan de un contrato bilateral, como es en este caso el de comisión mercantil, atiende a que el saldo resultante se transfiere a dos o más patrimonios diferentes. Por tanto, en estas circunstancias, no parece haber motivo para considerar que las obligaciones que proceden de la misma causa no pueden compensarse, de la misma manera que lo hacen las que derivan de fuentes distintas o cruzadas.

5ª.- De la descripción del contrato de *cash pooling* se comprende que existe por un lado, una relación bilateral que une a cada sociedad participante con la sociedad *pooler*, y por otro lado, otra que une a las sociedades participantes y a la sociedad *pooler* con la entidad bancaria. El banco proporciona a la sociedad *pooler* la cuenta centralizadora en la que tendrá lugar la operativa de barridos de liquidez y compensación de saldos, de modo que ésta última asume la titularidad de la cuenta bancaria centralizadora y se encarga de gestionar los saldos consolidados en la misma, con la finalidad de optimizar la tesorería global del grupo.

Pese a que la sociedad *pooler* desempeña muchas actividades comunes de los establecimientos de crédito, éstas no pueden configurarse como actividades bancarias. Primero porque los fondos transferidos entre entidades que pertenecen a un mismo grupo no tienen la consideración de fondos reembolsables del público; y segundo porque cuando la sociedad *pooler* presta un servicio de cobro y pago a las empresas del grupo no actúa sobre la base de una provisión de fondos, como es propio del servicio de caja bancario, sino que es ella quien los anticipa, convirtiéndose de este modo en acreedor al reembolso de las sumas aportadas.

6ª.- Por lo que al grupo de sociedades se refiere, es importante advertir que no existe un concepto unívoco del mismo que abarque todas las disciplinas jurídicas. En nuestra opinión, puede definirse como la agrupación de varias sociedades jurídicamente independientes entre sí que se encuentran sometidas a una dirección económica común. De este modo, no nos parece acertada la actual propensión legislativa a unificar y remitir las diversas normas del ordenamiento jurídico (Ley de mercado de valores, Ley de sociedades de capital o Ley Concursal) al concepto de grupo establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, que abandona el criterio de la dirección unitaria y lo reemplaza por otro basado exclusivamente en el control que la sociedad dominante puede ejercer directa o indirectamente sobre las sociedades dominadas. La identificación del concepto de grupo con el artículo señalado conlleva que en él únicamente tengan cabida los grupos verticales. Consideramos que el precepto está destinado a regular un sector determinado, que es la consolidación contable, y rechazamos la tesis que admite que tiene aplicación universal.

7ª.- Los grupos de sociedades y el contrato de *cash pooling* carecen de regulación en nuestro ordenamiento societario, lo que revela problemas que no pasan desapercibidos desde el punto de vista del Derecho positivo. La introducción de estas formas de organización en un entorno jurídico cuyas normas societarias han sido elaboradas en referencia a un modelo de sociedad autónoma e independiente, y con órganos sociales que actúan en el propio interés de la misma, suscita problema de descoordinación que suelen determinar una ruptura de la autonomía organizativa y patrimonial de las sociedades del grupo, así como notables deficiencias de protección que la mayor parte de las veces afectan a los socios minoritarios y a los acreedores.

La referida problemática ha dado lugar a una confrontación en la doctrina acerca de los principios que deben regir el funcionamiento de los grupos de sociedades. En nuestra opinión, la doctrina de la organización, que persigue la creación de un Derecho especial o privilegiado de grupos, carece de rigor en la medida que pretende legitimar un conjunto de reglas empíricas que son incongruentes con nuestro Derecho societario, además de prever medidas de protección frágiles e insuficientes para los socios minoritarios y acreedores. De este modo, pasamos a enumerar en las siguientes conclusiones (8ª a 13ª) los argumentos de que nos valemos para descartar las tesis emitidas por la doctrina de la organización y para proponer otras medidas con fines protectores.

8ª.- En oposición a la doctrina de la organización, no consideramos que sea posible aceptar una primacía del interés del grupo respecto de los intereses de las sociedades participantes. El interés de grupo, como interés superior y distinto del interés social, no se encuentra legalmente reconocido en nuestro Derecho, sino que se ha deducido a partir de la legitimidad de la figura del grupo en varias normas del ordenamiento jurídico. No hay duda de que el grupo constituye una realidad empírica, pero de esta circunstancia no puede inferirse una norma en cuya virtud pueda legitimarse a la sociedad matriz a dictar instrucciones perjudiciales de obligado cumplimiento a los administradores de las sociedades filiales. El reconocimiento del interés del grupo comporta un cambio en los deberes fiduciarios de los administradores, que ya no irán encaminados, como establece

nuestra Ley de sociedades de capital, a satisfacer el interés social de la sociedad que administran, sino el interés del grupo en su conjunto. Esto produce una novación causal no consentida del contrato de sociedad, con todas las consecuencias que ello puede provocar a los accionistas minoritarios y a los acreedores de la sociedad perjudicada.

Las consecuencias anteriores no pueden llevar a una completa y absoluta censura del interés del grupo, sino que éste solo puede o debe admitirse en la medida que resulte coherente con el interés social y con el Derecho común de sociedades, y prevea, por tanto, mecanismos de protección suficientes: (i) un sistema compensatorio estricto; (ii) un ejercicio limitado de la dirección unitaria; (iii) un riguroso respeto a los deberes fiduciarios de los administradores sociales; y (iv) un reemplazo de la regla de la propiedad por una regla de responsabilidad que confiera garantías suficientes para los accionistas externos.

9ª.- No creemos que la sociedad *pooler* esté facultada para dictar instrucciones a las sociedades del grupo, a priori perjudiciales para ella, si en contrapartida formula un sistema compensatorio de carácter cualitativo, es decir, formulado en base a una serie de ventajas imprecisas, por haberse obtenido en el pasado o porque previsiblemente fueran a obtenerse en el futuro a consecuencia de su pertenencia al grupo. Creemos que es necesario un sistema compensatorio más riguroso y exigente ya que entre otras razones, las ventajas compensatorias pasadas o futuras no constituyen respectivamente un pasivo exigible o un activo realizable, de modo que no permiten a los accionistas minoritarios asegurar su posición frente a terceros. De esta manera, somos partidarios de establecer un sistema compensatorio cuyas ventajas sean singulares, cuantitativas e inmediatas o coetáneas a la producción de la desventaja, lo que requiere que ésta última sea identificable y cuantificable. El sistema compensatorio cuantitativo es aplicable al contrato de *cash pooling*, toda vez que las relaciones entre las partes se compensan de forma automática, figurando inmediatamente en el balance de la sociedad filial que realiza la transacción ascendente un derecho de cobro.

10^a.- Incluso si se establece un sistema compensatorio cuantitativo, el órgano de administración de las sociedades filiales puede rechazar las instrucciones dictadas por la sociedad *pooler*. En el ámbito de un grupo de sociedades y más concretamente de un contrato de *cash pooling*, no puede deducirse que el artículo 161 de la Ley de sociedades de capital contempla un mandato o poder de dirección imperativo, como suele defender la doctrina de la organización; esta norma prevé la posibilidad de un mandato colectivo de la junta, pero no un mandato individual de los socios de control. Una vez asumida esto, consideramos que la concreta instrucción que pueda dictar la sociedad *pooler*, pese a no ser ilegal o manifiestamente contraria al interés social, puede colisionar, por un lado, con el deber de lealtad general previsto en el artículo 227 de la Ley de sociedades de capital, en virtud del cual los administradores han de desempeñar el cargo de buena fe y en el mejor interés de la sociedad; y por otro lado, con el artículo 228. d) de la Ley que expresamente indica que los administradores, en el ejercicio de sus funciones, no están sujetos a las instrucciones y vinculaciones de terceros, sino solamente legitimados para atenderlas si de buena fe consideran que las mismas son coherentes con los intereses de la sociedad, en todo caso bajo el riesgo de incurrir en responsabilidad personal en virtud del artículo 236.2 de la Ley.

En definitiva, corresponde a los administradores de la sociedad filial valorar y decidir si la indicación o directriz de la sociedad matriz o *pooler*, encaminada a satisfacer el interés del grupo, resulta asimismo satisfactoria para el interés social. Y en el caso de que la determinada medida no se ajustara al interés social, también corresponderá a los administradores de la sociedad filial valorar si aceptan una compensación en contrapartida, y en su caso, el alcance que ha de tener. En este sentido, desde el punto de vista positivo, lo que resulta determinante para enjuiciar si el administrador ha cumplido con el deber de lealtad es que la decisión adoptada, aun habiendo sido motivada o inducida por la sociedad matriz, sea la que debiera esperar del administrador diligente de una sociedad independiente (*business independence*) que desempeña las funciones propias de un guardabarreras (*gatekeeper*). Ha de atenderse a ambos criterios, considerados medidas de protección o de *enforcement* de los accionistas externos, para valorar la decisión de celebrar un contrato de *cash pooling* o para transferir determinada

información a la sociedad *pooler* (el deber de secreto constituye un deber fiduciario, con lo que el transvase de información también es una actuación facultativa y no imperativa del consejo de administración).

11^a.- La independencia del administrador en sus funciones decisorias no debe suponer una presunción de diligencia. Recuérdese a estos efectos que la decisión de celebrar un contrato de *cash pooling*, en la medida que comporta una serie de transacciones entre personas especialmente relacionadas, indudablemente genera una situación de conflicto de interés. Precisamente desde este punto de vista, creemos que el administrador de la sociedad filial no puede quedar amparado o beneficiado por la regla de la discrecionalidad empresarial en el ejercicio de sus decisiones, sino que sus actuaciones deben enjuiciarse sin limitaciones. De lo contrario, la indefensión de los accionistas externos será prácticamente absoluta, y la exoneración de responsabilidad de los administradores garantizada casi con total seguridad.

También en este aspecto nos oponemos a la doctrina de la organización que entiende que en el ámbito de un grupo de sociedades, la aplicación de un sistema compensatorio de tipo cualitativo permite negar la existencia de conflictos de interés así como desbloquear la excepción a la aplicación de la discrecionalidad empresarial.

12^a.- La decisión de celebrar un contrato de *cash pooling*, en cuanto que es un acto de gestión y política de empresa, corresponde al consejo de administración, salvo que la junta general, por disposición del artículo 161 de la Ley de sociedades de capital, haya reservado esta decisión a su autorización.

13^a.- Las transacciones propias de los sistemas de *cash pooling*, en la medida que se realizan entre partes vinculadas, están aquejadas de un conflicto de interés que no puede eliminarse o justificarse en base a un interés de grupo meramente causal. Partiendo de esta premisa, entendemos que el conflicto que la sociedad *pooler* tiene con una sociedad filial debe extenderse a sus administradores dominicales, lo que necesariamente se traduciría en una obligación de éstos últimos de abstenerse

de participar en la deliberación y votación de la celebración de un acuerdo de *cash pooling*. Esta norma se formula en base a una regla de propiedad: los accionistas externos o minoritarios tienen derecho a que no se perjudiquen sus derechos de propiedad e intereses sociales. No obstante, la severa aplicación de esta regla en nuestro supuesto de hecho, entorpece el correcto funcionamiento del grupo de sociedades, ya que supone dejar en manos de la minoría (en este caso, administradores independientes y representantes de accionistas externos) la política del grupo, lo que comporta costes estratégicos elevados. Es por esto que la doctrina es unánime en sustituir la regla de la propiedad por la regla de la responsabilidad.

El paso de la regla de la propiedad a la regla de responsabilidad no creemos que pueda resolverse negando simplemente la existencia de conflictos de interés en el escenario de los grupos, tal y como suele razonar la doctrina de la organización, sino que ha de darse con cierta cautela y con absoluto respeto a los principios que explican el Derecho común de sociedades, esto es, admitiendo que las operaciones intragrupo comportan situaciones de conflictos de interés; dando prioridad al interés social sobre el interés de grupo; exigiendo a los administradores, incluidos los dominicales, que actúen con absoluta independencia y responsabilidad en sus decisiones; y configurando una dirección natural y no imperativa.

En este sentido, estamos de acuerdo con algunos autores en que sería oportuno establecer una regla que permita a los administradores dominicales de la filial participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión, en nuestro caso, la decisión de participar en un sistema de *cash pooling*, pero afectando la misma a una presunción *iuris tantum* de lesión al interés social para el caso de que la mayoría de la minoría (administradores independientes o representantes de los accionistas minoritarios) se opusiera al acuerdo. De este modo, correspondería a los administradores disidentes de la minoría impugnar el acuerdo, y a los administradores afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del concreto acuerdo al interés social. En caso de que esto último no se lograra, debe entenderse que se ha infringido el deber de lealtad. Para lograr este objetivo, compartimos con algún autor que sería pertinente hacer uso de la denominada

“excepción de grupo” que brinda el artículo 9-quarter.6.a) de la Directiva 2017/828, y desalojar la regla de la abstención prevista en los artículos 228.c), 229, 230 y 529.ter.1.h) del campo de los grupos de sociedades, de forma que la aplicación del artículo 190.3 de la Ley resulte más plausible.

14^a.- La actividad de gestión de tesorería que realiza la sociedad *pooler* solo supone una parte de la amplia gestión que realiza el consejo de administración de las sociedades del grupo, lo que no da lugar a un total vaciamiento de las funciones administrativas de este órgano ni interfiere en la alta dirección de la empresa, ni tampoco en el ámbito político o estratégico. Desde este punto de vista, comprendemos que la delegación de la tarea de gestión de la tesorería por parte del consejo de administración de las empresas del grupo a la sociedad *pooler* resulta admisible en el sentido de los artículos 249.bis.b) y 529.ter.1.a) de la Ley de sociedades de capital.

15^a.- La pertenencia de una sociedad a un grupo con *cash pooling* da lugar a una modificación estructural y organizativa de la misma, pero no produce una modificación del contenido de su actividad económica principal. De este modo, consideramos que no hay sustitución del objeto social, ni en consecuencia un derecho de separación a favor del socio que discrepa acerca de la celebración de un contrato de *cash pooling*.

16^a.- No es posible configurar una influencia dominante de la sociedad *pooler* sobre las filiales en lo que respecta al compromiso de estas últimas de transferir su liquidez a la primera, toda vez que esta actuación no influye de forma global y estable sobre las decisiones financieras de las empresas filiales sino que solamente afecta a determinadas actividades relacionadas con la gestión de la tesorería.

Sí consideramos, no obstante, que existe cierta dependencia económica de las filiales a la sociedad *pooler*. No puede obviarse que las sociedades que pertenecen a un grupo quedan inevitablemente sujetas a una dirección unitaria que, aún siendo natural y no imperativa, comporta una serie de compromisos, deberes y obligaciones a cargo de las filiales. Hemos concluido en este sentido que pese a

disponer las sociedades filiales de la opción de retirar su relación con la sociedad *pooler* y contratar los servicios de gestión de la tesorería con un tercero, por ejemplo con un banco, parece razonable afirmar que esta opción no resulta del todo factible en la práctica.

17ª.- En presencia de circunstancias aisladas y particulares, el contrato de *cash pooling* puede dar lugar a determinadas situaciones patológicas (abuso de poder, realización de transferencias de recursos financieros a condiciones inocuas y extrañas al objeto social, contabilidad deficiente que conduzca a una confusión patrimonial, concesión de crédito a una sociedad que es insolvente o se encuentra próxima a ella, propagación de la crisis, etc.). Sin embargo, no por ello debe ni puede admitirse que el sistema sea en sí mismo ilícito; prueba de ello es el gran número de grupos de sociedades que a día de hoy siguen implementando, cada vez con más frecuencia, modelos de gestión centralizado de la tesorería, precisamente a causa de su legitimidad y de las ventajas económicas que proporciona para los grupos en general y para las sociedades individualmente consideradas.

18ª.- En el ámbito de un contrato de *cash pooling*, la sociedad *pooler* asume un deber de fidelidad respecto a las sociedades que se concreta en la prohibición de aquella de realizar una injerencia perjudicial o abusiva en los intereses de estas últimas. El deber de fidelidad se ha concebido como una expresión del principio de buena fe que se recoge en los artículos 7 y 1.258 del Código Civil. Aunque desde la prisma del Derecho de sociedades la infracción de este deber de fidelidad carece de consecuencia alguna, se ha sostenido que el perjuicio ha de ser necesariamente resarcido a consecuencia del incumplimiento del contrato de sociedad (arts. 1686 del Código Civil y 144 del Código de Comercio) y a tenor del principio general de indemnización de los daños y perjuicios del Código Civil (art. 1.089, 1.091, 1.101, 1.104, 1.105, y 1.106). Si el comportamiento abusivo o irresponsable de la sociedad *pooler* perjudica también a terceros acreedores que tienen derechos de crédito frente a las empresas del grupo, entonces la sociedad *pooler* deberá resarcir los daños patrimoniales causados mediante la responsabilidad extracontractual o aquiliana, es decir, al margen de cualquier relación jurídica existente entre las partes (artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil).

Por su parte, el órgano de administración de las sociedades filiales y de la sociedad *pooler* asume también un deber de diligencia y lealtad con respecto a la sociedad. De este modo, en caso de incumplir los deberes inherentes al desempeño de su cargo, interviniendo dolo o culpa en su conducta, por ejemplo, a consecuencia de aceptar y realizar operaciones desfavorables o insatisfactorias para los intereses de la sociedad que administra, habrá de responder personalmente frente a los socios y acreedores en virtud del artículo 236 de la Ley de sociedades de capital. Esta responsabilidad por daños causados puede dilucidarse a través de la acción social, que puede ser exigida por la sociedad, y subsidiariamente por los socios minoritarios y por los acreedores (arts. 238, 239 y 240 LSC).

19ª.- La declaración de concurso de alguna de las sociedades del grupo puede tener determinados efectos sobre los continuos flujos financieros que se realizan entre la sociedad *pooler* y las sociedades filiales.

En primer lugar, como se sabe, las transferencias de fondos que tienen lugar entre la sociedad *pooler* y cada una de las empresas del grupo se compensan y se liquidan a través de la compensación convencional que deriva del contrato de préstamo con pacto de cuenta corriente. En este sentido, para que opere la excepción del artículo 58 de la Ley concursal, esto es, la compensación con posterioridad a la declaración del concurso de la sociedad, es necesario que el acreedor, antes de la declaración de concurso, hubiera iniciado el ejercicio de la llamada autotutela de la compensación, es decir, hubiera provocado la concurrencia de las condiciones para compensar previstas en el artículo 1196 del Código Civil: que los créditos sean recíprocos, vencidos, líquidos y exigibles. Una vez compensados los créditos que recíprocamente existan entre la filial concursada y la sociedad *pooler* resultará un único saldo, que se traduce en el exceso no compensado. Si este saldo representa un saldo a favor de la empresa concursada, se integrará en la masa activa del concurso; si por lo contrario, el exceso no compensado representa un crédito a favor de la sociedad *pooler*, ésta concurrirá como acreedora en el concurso.

En segundo lugar, el saldo que resulte a favor de la sociedad *pooler* a consecuencia de la compensación ha de calificarse como crédito subordinado por tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor, por disposición de los artículos 92 y 93.2.3º de la Ley Concursal.

20ª.- Otro de los efectos que puede tener la declaración de concurso de alguna de las sociedades del grupo es el ejercicio de la acción de rescisión concursal, que tiene como objetivo traer al patrimonio del concursado todo lo que indebidamente salió de él, reintegrándolo de nuevo a la masa activa. La presunción de perjuicio patrimonial que propicia el ejercicio de la acción de rescisión concursal está legalmente admitida en determinadas operaciones que con carácter ordinario tienen lugar en el ámbito de un contrato de *cash pooling*, por tratarse de actos de disposición a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada (art. 71.3.1º LC). Es el caso de los flujos de tesorería ascendentes y descendentes como pueden ser los préstamos, el reembolso de los mismos o las garantías contextuales, siempre que hubieran sido efectuados durante los dos años anteriores a la declaración de concurso de la sociedad.

Sobre estos actos, no obstante, recae una presunción de perjuicio *iuris tantum*, de modo que admite prueba en contrario. Algunas de las causas que según hemos detectado permiten enervar tal presunción de perjuicio patrimonial son las siguientes: la obligación contractual asumida por las partes de realizar el pago por compensación durante el periodo sospechoso; el carácter automático de la compensación que media en el pago a tercero; el reconocimiento de un interés de grupo instrumental y de un sistema compensatorio cuantitativo; o la calificación de los flujos de tesorería como actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales en virtud del artículo 71.5.1º LC.

21ª.- La salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor (art. 164.2.5º LC), junto con la irregularidad contable (art. 164.2.1º LC), constituyen los hechos que con mayor frecuencia han dado lugar a la calificación culpable del concurso de las sociedades que forma parte de un contrato de *cash pooling*.

Asimismo, los administradores de derecho y los de hecho resultan ser los principales afectados por la calificación del concurso en el particular escenario que analizamos por ejercer sus funciones sin la debida diligencia y lealtad, y más concretamente, por concurrir dolo y culpa grave en sus actuaciones, además de haber causado o agravado el estado de insolvencia del deudor. La consideración de personas afectadas por la calificación supone necesariamente la imposición de una serie de sanciones personales (inhabilitación) y patrimoniales (pérdida de derechos, devolución de bienes e indemnización de daños y perjuicios causados) orientadas a castigar las conductas realizadas por esos sujetos.

Asimismo, junto a los efectos personales y patrimoniales, las personas afectadas por la calificación del concurso, en caso de haber conducido a la sociedad a una situación de liquidación de la que además hubiera resultado un déficit concursal, pueden ser condenadas por responsabilidad concursal al haber generado o agravado el estado de insolvencia, según se dispone en el artículo 172 bis de la Ley Concursal.

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes primarias.

Disposiciones legales citadas:

1.1. Derecho español.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contratos de Agencia.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Informe Olivencia, 1998.

Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Informe Aldama, 2003.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, 2015.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores.

Resolución de 18 de julio de 2017, de la Comisión Ejecutiva del Banco de España, de modificación de la Resolución de 11 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las cláusulas generales aplicables a las operaciones de política monetaria del Banco de España.

Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

a) Derecho español proyectado.

Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 mayo de 2002.

Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, 2013.

Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, 2014.

Proyecto del Real Decreto sobre régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, 2015.

1.2. Derecho comunitario.

Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

Reglamento (CE) N. 1745/2003 del Banco Central Europeo, de 12 de septiembre, relativo a las reservas mínimas (BCE/2003/9).

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar, 2003.

Report of Reflection Group on the future of EU Company Law, 2011.

Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el Mercado interior y por el que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

Reglamento (UE) 2016/1705 del Banco Central Europeo de 9 de septiembre de 2016 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº. 1745/2003 (BCE/2003/9) relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2016/26).

Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas.

a) Derecho comunitario proyectado.

Propuesta de la Novena Directiva sobre Derecho de sociedades, relativa a la conducta de los grupos en los que figure una sociedad anónima como filial, 1984.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada (*Societas Unius Personae*).

1.3. Derecho italiano.

Codice di Commercio, 1882.

Codice civile. R.D. 16 marzo 1942, n. 262.

Testo Unico Bancario. D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

Legge 3 ottobre 2001, n. 366. Delega al Governo per la riforma del diritto societario.

Decreto Legislativo de 17 gennaio 2003, n. 5. Definizione dei procedimenti in materia di diritto e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366.

Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366".

Legge Fallimentare.

1.4. Derecho inglés.

Banking Act de 1987.

Companies Act, 2006.

1.5. Derecho alemán.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 1881.

Aktiengesetz, 1965.

Insolvenzordnung, 1994.

Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), 2008.

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG).

1.6. Derecho portugués.

Código das Sociedades Comerciais. DL n.º 262/86, de 2 de Setembro.

1.7. Derecho estadounidense.

Principles of Corporate governance, American Law Institute.

Delaware General Corporation Law.

1.8. Derecho francés.

Code de Commerce.

Loi n° 85-98, du 25 janvier 1985 au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

Loi n° 2005-845, du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

2. Fuentes secundarias:

Tabla de resoluciones citadas

Órgano	Sección	Resolución	Recurso	Roj.	Fecha	Ponente
STS	1 ^a	---	---	1357/1983	7/6/1983	Cecilio Serena Velloso
STS	1 ^a	---	---	9233/1987	27/3/1987	Juan Latour Brotons
STS	1 ^a	---	---	8780/1987	19/9/1987	Rafael Pérez Gimeno
STS	1 ^a	---	---	12932/1991	10/1/1991	Teofilo Ortega Torres
STS	1 ^a	218	222/1992	2059/1992	11/3/1992	José Luis Albacar López
STS	1 ^a	205/1993	1589/1990	1556/1993	12/3/1993	Alfonso Villagómez Rodil
STS	1 ^a	0479	2187/90	3190/1993	20/5/1993	Alfonso Villagómez Rodil
STS	1 ^a	870	3354/1991	6063/1993	20/9/1993	Matias Malpica González Elipe
STS	1 ^a	478/1995	68/1992	2991/1995	26/5/1995	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS	1 ^a	1021/1996	399/1993	6942/1996	5/12/1996	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS	1 ^a	951/2005	1545/1999	7792/2005	13/12/2005	Vicente Luis Montes Penadés
STS	1 ^a	1135/2008	3992/2001	7354/2008	22/12/2008	Juan Antonio Xiol Rios
STS	1 ^a	6/2009	3327/2001	263/2009	12/1/2009	Juan Antonio Xiol Rios
STS	1 ^a	629/2012	672/2010	7265/2012	26/10/2010	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	622/2010	10/2007	5329/2010	27/10/2010	Jesús Corbal Fernández
STS	1 ^a	791/2010	824/2007	7163/2010	13/12/2010	Jesús Corbal Fernández
STS	1 ^a	56/2011	1627/2007	1068/2011	23/2/2011	Sebastián Sastre Papiol
STS	1 ^a	102/2011	2079/2007	2033/2011	10/3/2011	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	204/2011	2173/2007	2160/2011	21/3/2011	Rafael Gimeno-Bayon Cobos

STS	1 ^a	652/2011	1298/2008	6602/2011	5/10/2011	Francisco Marín Castán
STS	1 ^a	644/2011	1013/2008	6838/2011	6/10/2011	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS	1 ^a	664/2011	1257/2008	6633/2011	10/10/2011	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS	1 ^a	669/2012	597/2010	9182/2012	14/11/2012	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	614/2011	1155/2008	8004/2011	17/11/2011	Jesús Corbal Fernández
STS	1 ^a	994/2011	1613/2009	525/2012	16/1/2012	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS	1 ^a	255/2012	961/2009	2877/2012	26/4/2012	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS	1 ^a	298/2012	1157/2009	4441/2012	21/5/2012	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS	1 ^a	501/2012	373/2010	5172/2012	17/7/2012	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	629/2012	679/2010	7265/2012	26/10/2012	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	652/2012	836/2010	7746/2012	8/11/2012	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	669/2012	597/2010	9182/2012	14/11/2012	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	721/2012	1139/2010	9191/2012	4/12/2012	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	46/2013	1793/2010	852/2013	18/2/2013	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	74/2013	1359/2011	3499/2013	28/2/2013	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	487/2013	440/2011	4178/2013	10/7/2013	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	531/2013	1643/2010	4950/2013	19/9/2013	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	754/2013	2241/2011	6309/2013	12/12/2013	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	174/2014	1472/2012	1228/2014	27/3/2014	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	428/2014	2912/2012	3566/2014	24/7/2014	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	615/2014	117/2013	4444/2014	12/11/2014	Sebastian Sastre Papiol
STS	1 ^a	741/2012	1097/2010	8061/2012	13/12/2014	Rafael Gimeno-Bayon Cobos
STS	1 ^a	100/2014	745/2012	1954/2014	30/4/2014	Rafael Saraza Jimena

STS	1 ^a	772/2014	473/2013	256/2015	12/1/2015	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	105/2015	2502/2013	1095/2015	10/3/2015	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	128/2015	1331/2013	1407/2015	18/3/2015	Sebastián Sastre Papiol
STS	1 ^a	185/2015	952/2013	1409/2015	10/4/2015	Sebastián Sastre Payol
STS	1 ^a	199/2015	1031/2013	1704/2015	17/4/2015	Sebastián Sastre Papiol
STS	1 ^a	327/2015	1449/2013	2451/2015	1/6/2015	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	289/2015	1471/2013	2979/2015	2/6/2015	Sebastián Sastre Papiol
STS	1 ^a	340/2015	1608/2013	2974/2015	24/6/2015	Sebastián Sastre Papiol
STS	1 ^a	421/2015	1701/2013	3442/2015	22/7/2015	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	695/2015	2141/2013	5151/2015	11/12/2015	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	134/2016	2467/2013	961/2016	4/3/2016	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	246/2016	2910/2013	1647/2016	13/4/2016	Pedro José Vela Torres
STS	1 ^a	572/2016	2151/2014	4177/2016	29/9/2016	Francisco Javier Orduña Moreno
STS	1 ^a	653/2016	637/2016	4722/2016	4/11/2016	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	672/2016	1371/2014	5103/2016	16/11/2016	Eduardo Baeza Ruíz
STS	1 ^a	213/2017	1836/2014	1223/2017	31/3/2017	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	575/2017	1380/2015	3750/2017	24/10/2017	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	583/2017	604/2015	3796/2017	27/10/2017	Pedro José Vela Torres
STS	1 ^a	656/2017	1759/2015	4267/2017	1/12/2017	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	693/2017	2469/2015	4656/2017	20/12/2017	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	437/2018	3022/2015	2677/2018	11/7/2018	Rafael Saraza Jimena
STS	1 ^a	588/2018	1690/2015	3615/2018	23/10/2018	Ignacio Sancho Gargallo
STS	1 ^a	598/2018	2339/2015	3680/2018	31/10/2018	Ignacio Sancho Gargallo
SAN	1	8/2013	257/20133	7/2014	20/1/2014	Ricardo Bodas Martín
ATS	1 ^a	---	1915/2017	5702/2019	29/5/2019	Francisco Javier Orduña Moreno

SAP Alicante	8ª	232/2013	62/2013	2083/2013	31/5/2013	Luis Antonio Soler Pascual
SAP Badajoz	2ª	231/2008	837/2007	828/2008	2/10/2008	Fernando Paumard Collado
SAP Barcelona	15ª	173/2007	653/2006	4821/2007	19/3/2007	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	231/2007	596/2006	8378/2007	27/4/2007	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	487/2008	186/2008	12269/2008	30/12/2008	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	47//2009	314/2008	1816/2009	29/1/2009	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	58/2009	607/2008	1485/2009	6/2/2009	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	106/2009	696/2008	6149/2009	30/3/2009	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	41/2020	1329/2019	87/2020	10/1/2010	Marta Cervera Martínez
SAP Barcelona	15ª	348/2010	364/2009	11309/2010	3/11/2010	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	34/2011	369/2010	1765/2011	27/1/2011	Luis Garrido Espa
SAP Barcelona	15ª	289/2011	91/2011	8914/2011	4/7/2011	Juan Francisco Garnica Martín
SAP Barcelona	15ª	493/2011	320/2011	13409/2011	15/12/2011	Ignacio Sancho Gargallo
SAP Barcelona	15ª	378/2013	178/2013	11261/2013	25/1/2013	Juan Francisco Garnica Martín
SAP Barcelona	15ª	449/2013	303/2013	13617/2013	11/12/2013	José maría Ribelles Arellano
SAP Barcelona	1ª	12/2014	809/2012	667/2014	20/1/2014	Marta Rallo Ayezuren
SAP Castellón	3ª	338/2007	239/2007	875/2007	10/7/2007	José Manuel Marco Cos
SAP Castellón	3ª	278/2010	272/2010	1236/2010	16/9/2010	Adela Bardon Martínez
SAP Girona	1ª	137/2009	33/2009	558/2009	20/3/2009	Fernando Lacaba Sánchez
SAP Girona	1ª	471/2019	89/2019	1024/2019	25/7/2019	Carles Cruz Moratones
SAP León	1ª	45/2018	427/2017	209/2018	8/2/2018	Manuel García Prada
SAP Madrid	28ª	63/2009	304/2008	3705/2009	17/3/2009	José Zarzuelo Descalzo
SAP Madrid	28ª	257/2011	520/2010	12927/2011	16/9/2011	Alberto Arribas Hernández
SAP Madrid	28ª	138/2012	392/2011	13211/2012	7/5/2012	Gregorio Plaza González

SAP Madrid	28 ^a	384/2012	527/2011	21680/2012	7/12/2012	Alberto Arribas Hernández
SAP Madrid	28 ^a	232/2014	859/2012	11773/2014	18/7/2014	Enrique García García
SAP Madrid	13 ^a	110/2016	290/2015	2557/2016	29/3/2016	Carlos Cezon González
SAP Madrid	28 ^a	168/2017	191/2015	4870/2017	28/3/2017	Pedro María Gómez Sánchez
SAP Madrid	28 ^a	105/2018	149/2016	2753/2018	9/2/2018	José Manuel de Vicente Bobadilla
SAP Madrid	28 ^a	135/2018	237/2016	6558/2018	23/2/2018	José Manuel de Vicente Bobadilla
SAP Madrid	28 ^a	363/2019	1444/2018	6741/2019	12/7/2019	Alberto Arribas Hernández
SAP Murcia	4 ^a	234/2015	520/2014	1186/2015	7/5/2015	Carlos Moreno Millan
SAP Oviedo	1 ^a	114/2014	396/2013	882/2014	31/3/2014	Javier Anton Guijarro
SAP Palma Mallorca	5 ^a	465/2012	317/2012	2479/2012	2/11/2012	María Covadonga Sola Ruíz
SAP Palma de Mallorca	5 ^a	301/2014	404/2014	2179/2014	24/11/2014	María Arantzazu Ortiz Gonzalez
SAP Pontevedra	1 ^a	43/2018	668/2017	192/2018	1/2/2018	Manuel Almenar Belenguer
SAP Sevilla	5 ^a	249/2098	7533/2018	847/2019	21/3/2019	José Herrera Tagua
SAP Teruel	1 ^a	95/2012	77/2012	129/2012	24/7/2013	María de los Desamparados Cerca Miralles
SAP Valencia	9 ^a	176/2011	45/2011	2647/2011	4/5/2011	Gonzalo María Caruana Font de Mora
SAP Zaragoza	5 ^a	102/2011	749/2010	1458/2011	22/2/2011	Alfondo María Martínez Areso
SJM Madrid	5 ^a	296/2010	1173/2009	106/2010	7/10/2010	Javier Jesús García Marrero
SJM Madrid	9 ^a	---	907/2010	197/2010	18/11/2010	Javier Yañez Evangelista
SJM Madrid	2 ^a	---	69/2010	80/2011	25/2/2011	Andrés Sánchez Magro
SJM Madrid	6 ^a	---	973/2010	119/2011	30/6/2011	Francisco Javier Vaquer Martín
SJM Madrid	12 ^a	---	308/2010	173/2014	24/9/2014	Ana María Gallego Sánchez

SJM Madrid	12 ^a	169/2014	734/2010	176/2014	6/10/2014	Ana María Gallego Sánchez
SJM Madrid	12 ^a	1/2015	361/2010	5049/2015	8/1/2015	Ana María Gallego Sánchez
SJM Madrid	7 ^a	---	160/2017	3267/2018	24/6/2018	Juan Carlos Picazo Menendez
SJM Madrid	6 ^a	---	609/2013	196/2019	22/1/2019	Francisco Javier Vaquer Martín
SJM Málaga	1 ^a	---	19/2004	80/2006	22/5/2006	Enrique Sanjuan Muñoz
SJM Palma Mallorca	1 ^a	324/2015	277/2014	1902/2015	28/10/2015	Victor Manuel Fernandez Gonzalez
SJM Palma Mallorca	1 ^a	132/2017	404/2013	3022/2017	29/3/2017	Victor Manuel Fernandez Gonzalez
SJM Palma Mallorca	1 ^a	544/2017	431/2008	3043/2017	20/12/2017	Victor Manuel Fernandez Gonzalez
SJM Pontevedra	2 ^a	88/2019	241/2018	537/2019	2/5/2019	Nuria Fachal Noguer
SJM Pontevedra	2 ^a	110/2019	232/2014	543/2019	3/6/2019	Nuria Fachal Noguer
SJM San Sebastián	1 ^a	119/2019	219/2019	633/2019	9/4/2019	Pedro José Malagon Ruíz
SJM San Sebastián	1 ^a	119/2019	241/2018	537/2019	2/5/2019	
SJM Valencia	2 ^a	---	934/2015	960/2016	18/4/2016	Jacinto Talens Segui
STSJ Madrid	2 ^a	844/2013	1608/2013	16038/2013	14/12/2013	Miguel Moreiras Caballero

Jurisprudencia estadounidense	
Caso	Referencia
Advocat v. Nexus Industries, Inc.	497 F. Supp. 328 (Del. 1980)
Allen v. Oberdorfer Foundries, Inc.	595 N.Y.S.2d 995 (N.Y. App. Div. 1993)
Aroson v. Lewis	473 A.2d 805 (Del. 1984)
Automotriz Del Golfo de California S.A. de C.V. v. Resnick	47 Cal.2d. 792 (Cal.1957)
Calvert v. Huckins	875 F. Supp. 674 (E.D. Cal. 1995)
Escobedo v. BHM Health Associates, Inc.	818 N.E.2d 930 (Ind. 2004)
Extra Energy Coal Company v. Diamond Energy and Resources, Inc.	467 N.E.2d 439 (Ind. Ct. App. 1984)
Gentry v. Credit Plan Corporation of Houston	528 S.W.2d 571 (Tex. 1975)

Glacier General Assurance Company Co. v. G. Gordon Symons Co., Ltd., and Canadian Management, Ltd.	631 F.2d 131 (9th Cir. 1980)
Morris v. Dept. of Taxation	82 N.Y.2d 135 (N.Y. 1993)
Smith v. Van Gorkom	488 A.2d. 858 (Del. 1985)
Sonora Diamond Corp. v. Superior Court (Sonora Union High School Dist.)	83 Cal. App. 4th 523 (Cal. 2000)
Stewart v. Wilimington Trust SP Services, Inc.	112 A.3d 271 (Del. Ch. 2015)
Texas Industries, Inc. v. Lucas	634 S.W.2d 748 (Tex. App. 1982)
Trust Corp. V. Lathan & Watkins	909 F. Supp. 923 (S.D.N.Y. 1995)
United Rubber, Cork, Etc. v. Great Am. Industries	479 F.Supp. 216 (S.D.N.Y. 1979)
Vucci v. Meyers Bross Parking System	494 A.2d. 530 (1985)

Jurisprudencia británica	
Caso	Referencia
Winkworth v. Edward Baron Development Co. Ltd	[1986] 1 WLR 1512

Jurisprudencia australiana	
Caso	Referencia
Walker v. Wimbone	(1976) 137 CLR 1
Kinsela v. Russell Kinsela Pty Ltd	(1986) 4 NSWLR 722

Jurisprudencia alemana	
Órgano resolutorio, fecha	Referencia
BGH, 25.02.2002	II Z R 196/00
BHHZ, 24.11.2003	157, 52

Jurisprudencia italiana	
Órgano resolutorio, fecha	Caso, referencia
Tribunale di Torino, 15 settembre 1950	Pres. Gay P., Est. A. Galante Garrone; Ass. Calcio Torino (Avv. Laguzzi, Cobianchi Bianco) c. Soc. A.l.i. Flotte riunite (Avv. Villata, Fossa, Marino)
Corte di Appelo di Torino, 23 gennaio 1952	Pres. De Matteis P., Rel. Caprioglio, Est. Merlo; Ass. Calcio Torino (Avv. Laguzzi, Cobianchi, Bianco) c. Soc. A.l.i. - Flotte riunite (Avv. Villata Fossa, Marino).
Corte di Cassazione, 4 luglio 1953	N. 2085. Pres. Valenzi P., Est. Mastrapasqua, P.M. Berri (concl. Conf.); Associazione calcio Torino (Avv. Sequi, Cobianchi, Nicolò, Bianco) c. Soc. A.l.i.- Flotte riunite (Avv. Marino, Ferri, Vasalli).
Corte dei Cassazione, 26 gennaio 1971	N. 174. Pres. Stella Richter P., Est. Ridola, P.M. Tavolaro (concl. Parz. Diff.); S.p.a. Torino Calcio (Avv. Sequi, Grande Stevens, Manassero, Nicolò) c. Romero (Avv. Contaldi, Zola, Zenari).
Tribunale di Roma, 15 marzo 1980	Pres. Palmisano, Est. G. Prestipino; Fall. Soc. di fatto Caltagirone Gaetano, Caltagirone Bellavista Francesco e Caltagirone Bellavista Camillo
Tribunale di Milano, 27 febbraio 2012	Sez. VIII, n. 2464.
Corte di Cassazione	Cass. Sez. II, n.14730/2017

Jurisprudencia francesa	
Órgano resolutorio, fecha	Referencia
Cour de cassation, 4 février 1985	84-91581

Bibliografía

AAVV, *International Cash Pooling*, ed. Jansen Justus, Sellier European Law Pub, Múnich, 2011.

ALLMYBANKS, “La centralización de los pagos del grupo: ventajas económicas y cualitativas a todos los niveles”. Disponible en: <http://www.allmybanks.com/es/la-centralizacion-de-los-pagos-del-grupo-ventajas-economicas-y-cualitativas-todos-los-niveles>.

ABBADESSA, PIETRO, “Rapporto di dominio e autonomia private nel diritto societario e italiano”, en Banca borsa tit. cred., 1999, pp. XX.

ABRIANI, NICCOLÒ, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998.

ACERBI, FLAVIO/ GIOIA, DOMENICO/ MANGANELLI, PAOLO, PENNETA, COSIMO, “Italy”, en GUY, DAVIS/ HARRIS, TONY/ LAMB, MARK, *Cash pooling and Insolvency*, ed. Global Law and Business (Marcel Willems), Londres, pp. 251-289.

ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS y SANTOS BRIZ, JAIME, *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, tomo IV, ed. Trivium, Madrid, 1991.

ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, 13ª ed., ed. Edisofer, Madrid, 2008.

ALBELLA AMIGO, SEBASTIÁN, “Algunas consideraciones sobre el gobierno corporativo en los grupos de sociedades”, web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, 19 de octubre de 2018, p. 7, disponible en: <https://www.cnmv.es/Portal/verDoc.axd?t={aa8ac5e5-e6f4-4750-8f2a-3530fb421880}>.

ALCOVER GARAU, GUILLERMO, “La calificación culpable por generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave (artículo 164.2 de la Ley Concursal)”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 139-147.

- “La calificación concursal y los supuestos de complicidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pp. 133-138.

- “Acciones de reintegración”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA/ ALONSO LEDESMA, CARMEN/ ALONSO UREBA, ALBERTO/ ALCOVER GARAU, GUILLERMO (Dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, pp. 767-785.

- “Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal”, en GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL/ ALONSO UREBA, ALBERTO, PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Derecho*

Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, ed. Dilex, Madrid, 2003, pp. 325-356.

ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, "Lecciones. Derecho Bancario", Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, pp. 283-335.

- "El contrato de cash pooling", en Blog Almacén de Derecho Mercantil, 5 de mayo de 2014, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/05/el-contrato-de-cash-pooling.html>.

- "Roncero sobre la business judgement rule", en Blog Almacén de Derecho, 15 de marzo de 2017, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html>.

- *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, primera edición, Civitas, Madrid, 1995.

- "Lección: el aumento de capital por compensación de créditos", en Blog Almacén de Derecho, 8 de marzo de 2017, <https://almacenederecho.org/leccion-aumento-capital-compensacion-creditos/>.

- "Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial", en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 325-360.

- "Acuerdo de cash pooling y derecho de información del socio", en Blog Almacén de Derecho, 21 de abril de 2014, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/04/acuerdo-de-cash-pooling-y-derecho-de.html>

- "Los modelos para tratar las transacciones con partes vinculadas: comparación entre el modelo inglés y el modelo español", en Blog Almacén de Derecho, 7 de agosto de 2018, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2018/08/los-modelos-para-tratar-las.html>.

- "La filialización constituye modificación sustancial del objeto social y da derecho de separación", en Blog Almacén de Derecho, 7 de noviembre de 2011, disponible en: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2011/11/la-filializacion-constituye.html>.

- "Personalidad jurídica y levantamiento del velo (i) y (ii)", 17 de noviembre de 2015, disponible en: <https://almacenederecho.org/lecciones-personalidad-juridica-y-levantamiento-del-velo-i/> y <https://almacenederecho.org/lecciones-personalidad-juridica-y-levantamiento-del-velo-y-ii/>.

- “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades”, InDret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 1, 2016, [versión digital].

- “La infracapitalización”, en Blog Almacén de Derecho, 27 de julio de 2017, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-infracapitalizacion/>.

- “Responsabilidad aquiliana por lesión del derecho de crédito”, en Blog Almacén de Derecho, 11 de enero de 2015, disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2015/01/responsabilidad-aquiliana-por-lesion.html>.

- “El deber de buena fe y el deber de lealtad del socio”, Almacén de Derecho, 23 de abril de 2019, disponible en: <https://almacenederecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario/>.

ALONSO LEDESMA, CARMEN, “La reforma en materia de subordinación crediticia”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 11, Segundo semestre de 2009, pp. 59-75.

ALONSO UREBA, ALBERTO, “Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (Administradores de hecho, administrador oculto y grupo de sociedades)”, en GUERRA MARTÍN, GUILLERMO, (coord.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, Marzo 2011.

- “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en GARCÍA VILLAVARDE, RAFAEL/ ALONSO UREBA, ALBERTO/PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, Dilex, Paracuellos del Jarama, 2003, pp. 263-313.

- “Artículo 172. bis. Responsabilidad concursal”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1837-1868.

ALONSO UREBA, ALBERTO/ PULGAR EZQUERRA, JUANA, “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, Revista de Derecho de sociedades, núm. 29, 2007, pp. 19-37.

ALTMIPPEN, HOLGER., “Cash pooling und Kapitalerhaltung bei bestehendem Beherrschungsoder Gewinnabführungsvertrag”, NZG, núm. 11, 2010, pp. 401-406.

ÁLVAREZ AGUIRRE, ALEJANDRO, “Estrategia para implantar el outsourcing de compras”, Estrategia Financiera, núm. 223, diciembre 2005, Editorial Especial Directivos, [versión digital].

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSÉ ANTONIO, *El mandato y la comisión mercantil*, editorial Comares, Granada, 1997.

AMARTYA, SEN, "Markets and freedoms: Achievements and limitations of the market mechanism in promotion individual freedoms", Oxford Economic Papers, New series, Vol. 45, No. 4 (oct. 1993), pp. 519-541.

ARA TRIADÚ, CARLOS, *El gobierno corporativo de la empresa en crisis. A propósito del estatuto de los administradores y de las normas de prelación crediticia respecto al cambio de control en situaciones de insolvencia empresarial*, Tesis doctoral dirigida por SALVADOR CODERCH, PABLO / CERDÁ ALBERO, FERNANDO, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2017.

ARÁNTZAZU ORTIZ, "Los cómplices en el concurso de acreedores", en ROJO, ÁNGEL/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 433-449.

ARÉVALO FERNÁNDEZ, ÁNGELA, *La lesión extracontractual del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ARIAS VARONA, FRANCISCO JAVIER, "Artículo 71. Acciones de reintegración", en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 937-952.

- "Artículo 73. Efectos de la rescisión", en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 992-997.

- "Artículo 92. Créditos subordinados", en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1186-1201.

- "Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado", en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1202-1222.

ASENJO RODRÍGUEZ, ELENA, "Coordinación entre las acciones de responsabilidad societaria y la acción de responsabilidad concursal. Especial referencia a la dualidad acción de responsabilidad por deudas-responsabilidad concursal", en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 301-319.

ATAZ LÓPEZ, JOAQUIN, "Comentario al art. 1254 del Código Civil", en ALABADEJO, MANUEL/DÍAZ ALABART, SILVIA (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º A, ed. EDERSA, 1993.

ÁVILA DE LA TORRE, ALFREDO, "Artículo 162. Concesión de créditos y garantías a socios y administradores", en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSE (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ,

EMILIO M., (coord.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 1218-1221.

“La clasificación de los créditos”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 439-487.

- “La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones”, en GARCÍA-CRUCES GOZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 27-63.

AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria concursal*, Tirant Lo Blanch, 2013.

BADOSA COLL, FERRÁN, “Artículo 1.766”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO (Dir.)/ DÍEZ-PICAZO POCE DE LEÓN, LUIS (Dir.)/ BERCOVITZ, RODRIGO (Dir.)/ SALVADOR CODERCH, PABLO (Dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1654-1657.

BALLESTEROS BARROS, ÁNGEL MARÍA, *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2018.

BAR, NICHOLAS, *Economics of the Welfare State*, Oxford University Press, 5th edition, Oxford, 2012.

BARBERO, DOMENICO, “Responsabilità aquiliana per lesione di rapporto personale”, *Il Foro Padano*,; Rivista di giurisprudenza e di dottrina, vol. 6, 1951, pp. 157-168.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, “Concepto de fraude civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 16, 1968, pp. 177-227.

BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, “La Ley de Sociedades de Capital se hace camino al andar”, en *el Notario del Siglo XXI*, 2011, núm. 40, p. 57.

- La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2004, pp. 1197-1214.

- “Artículo 148. Plan de Liquidación”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2366-2377.

- “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal (Comentario de la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, 2008, pp. 329-372.

- “Las operaciones del concurso de acreedores: la masa activa y la masa pasiva”, en APARICIO GONZÁLEZ, MARÍA LUISA/ URÍA, RODRÍGO (dir.)/ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO (dir.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. 2, segunda edición, Cizur Menor, 2006, pp. 1013-1044.

BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, “El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado como hecho conducente a la calificación culpable del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29/2013.

- “La función represora del concurso de acreedores”, en ALONSO ESPINOSA, FRANCISO/ MASSAGUER, JOSÉ/ CUÑAT EDO, VICENTE/ PETIT LAVALL, M^a VICTORIA/ GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA (Dirs.), *Estudios de Derecho Mercantil, Liber Amicorum Profesor Dr. D. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant Lo Blanch, primera edición, Valencia, 2013, pp. 1545-1561.

- “A propósito del deber del concursado convenido de solicitar la apertura de la liquidación por imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles” (SJM 1 Las Palmas 18.7.2011)”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26, 2012, pp. 427-448.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano, 2011.

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, “Lección 36^a. Contratos societarios”, VERDERA SERVER, RAFAEL (coord.)/ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a ROSARIO (coord.), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 499-514.

- *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

BONELLI , F., *La circolazione delle informazioni all' interno del gruppo nelle società quotate*, en *Giur. Comm.*, 2002, I, pp. XX.

BOLDÓ ROCA, CARMEN, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho privado español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

BOURRIÉE-QUENILLET, MARTINE, “La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif (pratique judiciaire)”, *Juris-Classeur périodique, édition entreprise*, 1998, pp. 455-461.

BROSETA PONT, MANUEL/ MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de Derecho mercantil. Contratos mercantiles, derechos de los títulos valores, derecho concursal*, vol. II, vigésima cuarta edición, edición, Tecnos, 2017.

BUSNELLI, FRANCESCO DONATE, *La lesione del credito da parte di terzi*, ed. Giuffré, Milano, 1964.

- “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 2, 1987.

BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Tecnos, Madrid, 1998.

CADENAS DE GEA, CATALINA/ PEREA ORTEGA, RAFAEL, “El grupo de sociedades en el ámbito concursal”, en LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Dir.), *El control societario en los grupos de sociedades*, ed. Bosch, 2017, pp. 135-188.

CABA TENA, ANTONIO, *El concepto de grupo de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, “Lección 33ª. Contratos de servicios (I): Prestación de servicios y ejecución de obra”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª ROSARIO/ VERDERA SERVER, RAFAEL, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 478-487.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Civitas, tercera edición, Madrid, 2009.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil común y formal*, tomo III, revisado por GARCÍA CANTERO, GABRIEL, ed. Reus, Madrid, 2008, ed. 17.

CERDÁ ALBERO, FERNANDO, “La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal”, en GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA/ ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO/ MASSAGUER, JOSÉ/ CUÑAT EDO, VICENT/ PETIT LAVALL, Mª VICTORIA, *Estudios de Derecho Mercantil (Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1563-1612.

CHAMORRO POSADA, MANUEL, “El llamado proceso monitorio y los créditos mercantiles instrumentados en cuenta corriente”, *Diario La Ley*, núm. 6, 2000, pp. 1802-1814.

CIAN, GIORGIO, “La virata della Cassazione sulla tutela aquiliana del credito (Dal caso di Superga al caso di Meroni)”, *Rivista de Diritto Civile*, 1971, pp. 199- 205.

COBO RIVAS, CARMEN, “Outsourcing de transformación para mejorar los procesos de negocio”, *Estrategia Financiera*, núm. 223, diciembre 2005, Editorial Espacial Directivos, [versión digital].

COFFEE JR, JOHN C., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford University Press, 2006.

CUADRADO IGLESIAS, MANUEL, “Consideraciones acerca del perjuicio del crédito por parte de tercero”, en LLAMAS POMBO, EUGENIO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 1, ed. Wolters Kluwer, 2006, pp. 345-360.

DACCÒ, ALESSANDRA, *L' accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Giuffré editore, Milano, 2002.

- “Alcune riflessioni in merito a recenti ordinamenti in materia di gruppi societari nel diritto statunitense”, *Rivista di Diritto societario*, 1997, pp. 167 y ss.

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, MARIA LUISA, *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson-Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2009.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, “La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)”, *Anuario de Derecho Concursal*, tomo 3, pp. 1133-1186.

DEL VAL TALENS, PAULA, “El administrador de hecho persona jurídica”, en en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 941-961.

DESDENTADO BONETE, AURELIO, “Descentralización productiva y despido”, *Diario La Ley*, núm. 7271, Sección Columna, 2009 [versión digital].

DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital*, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición, Cizur Menor, 2006.

DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, segunda edición, Civitas, Madrid, 1996.

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, tomo II, sexta edición, Aranzadi, 2008, [versión digital].

DÍEZ PICAZO, LUIS/ GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Tecnos, novena ed., Madrid, 2005.

DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO F., “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español”, en *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 5, Nueva York: McGraw-Hill, 2002, pp. 5303-5322.

DVORÁKOVÁ, LILIA/ KRONYCH, JIRI/ MALÁ, ANDREA, “Treasury management in strategic and operative corporate management”, University of West Bohemia, Czech Republic.

EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, “Contrato bancario y cuenta corriente bancaria: Las prestaciones: el llamado servicio de caja. El secreto bancario. El deber de información. La responsabilidad”, en, BONARDELL LENZANO, RAFAEL/VILLAVARDE GARCÍA, RAFAEL, *Contratos bancarios*, 1992.

- Significado jurídico de las cuentas bancarias indistintas. Comentario a la STS (Sala 1) de 7 de julio de 1992.

- *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, editorial Comares, Mercatura, Colección Estudios de Derecho Mercantil, Granada, 2003.

- “Los grupos de sociedades como problema jurídico”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, 1999, pp. 183-230.

- “Ante la regulación de los grupos de sociedades en España”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2012, núm. 284, pp. 25-52.

- “Algunos criterios, de política jurídica para la regulación de los grupos de sociedades”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 357-384.

- “Interés de grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2015”, *Revista de Derecho mercantil*, núm. 300, 2016, pp. 301-320.

- “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, 2013, pp. 53-68.

- “La regulación de los grupos en la propuesta de código de sociedades mercantiles”, *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, vol. 1, 2007, pp. 389-408.

- “Levantamiento del velo y grupo de sociedades”, en Rincón de Comenda, Grupo investigador en Derecho de sociedades, 12 de enero de 2017, disponible en: <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/levantamiento-del-velo-y-grupo-de-sociedades/>.

- “La responsabilidad de los administradores de los administradores de la sociedad anónima tras la Ley de Transparencia”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año núm. 80, núm. 685, 2004, pp. 2379-2416.

- “Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 4, pp. 65-79.

EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO, “Artículo 346. Causas legales de separación”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 2469-2478.

ESCRIBANO GAMIR, ROSARIO, “El perjuicio en la acción rescisoria concursal”, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 10, 2017, pp. 7-59.

ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO, “La acción individual de responsabilidad”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 189-299.

- "Artículo 160. Competencia de la Junta", en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1200-1208.

- "Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión", en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1209-1217.

FACHAL NOGUER, NURIA, *Las interferencias del Derecho concursal en la regulación societaria. Capitalización de créditos, grupos de sociedades y rescisión de operaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- "Sociedades de capital en concurso de acreedores: saneamiento financiero", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, Primer semestre de 2018, pp. 151-174.

- "Operaciones con partes vinculadas: conflictos de intereses con la sociedad", en EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO (dir.), *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, pp. 245-273.

FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS, "A propósito de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas", en ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, *Blog Almacén de Derecho*, "Capitalización de deudas a través de un aumento de capital por compensación de créditos", 29 de marzo de 2019, <https://almacendederecho.org/capitalizacion-de-deudas-a-traves-de-un-aumento-de-capital-por-compensacion-de-creditos/>.

- "Las operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión en Derecho Español y necesidad de su reforma", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 149, 2018, pp. 11-64.

FERNÁNDEZ DÍAZ, ANDRÉS/ SALVADOR GARCÍA, MIRIAM, "Las nuevas dimensiones del estado de bienestar en el contexto de la crisis", *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), *Actualidad Administrativa*, n 3, n. 1304/2017, marzo 2017, [versión online].

FERNÁNDEZ LARREA, IGNACIO, "La responsabilidad concursal del administrador de hecho", *Legal Today*, 23 de abril de 2018, disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-responsabilidad-concursal-del-administrador-de-hecho>.

FERNÁNDEZ MARKAIDA, IDIOIA, *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, colección Cuadernos mercantiles, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, "Consideraciones en torno a la inhabilitación tras la Ley 38/2011", en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de*

Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 451-465.

FLEISCHER, HOLGER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, AG, 10, 2004, pp. 517-528.

FLETCHER CYCLOPEDIA CORPORATIONS, Thomson Reuters, Nov. 2004.

FORTE GORBE, JOSÉ LUIS, “Medidas cautelares en procesos de nulidad de contratos de permuta financiera de tipos de interés (swap’s) y contratos marco de operaciones financieras. Jurisprudencia reciente de las Audiencias Provinciales”, *Práctica de Tribunales*, núm. 93, Sección Estudios, Mayo 2012, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 4332/2012.

FRANK H. EASTERBROOK/ DANIEL R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, London, 1991.

FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El contrato de cash pooling”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, 2014, pp. 233-266.

- *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Civitas, Pamplona, 2007.

- “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, en AA.VV, *Gobierno corporativo y crisis empresariales. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006, pp. 289-310.

- “Conflictos de interés en grupos de sociedades: reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 30, 2008, pp. 401-419.

- “El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores (Algunas reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005)”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 28, 2007, pp. 351-369.

- “Consolidación de inventarios y lista de acreedores y grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 23, Sección varia, La Ley 4417/2015, 2015.

GADEA, JESÚS/ SANTOMÁ, JAVIER, “Centralización de los servicios de tesorería. Caso práctico”, *Estrategia financiera*, núm. 217, 2005.

GALGANO, FRANCESCO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, terza edizione, Wolters Kluwer, Italia, 2014.

- “Le mobile frontiere del danno ingiusto”, *Rivista Contratto e Impresa*, 1985, p. 1-27.

GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA, “Artículo 223. Cese de los administradores”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.),

Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1584-1589.

- “Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1589-1607.

- “Calificación del concurso”, en HERNANDEZ MARTÍ, JUAN (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 175-189.

- “Las presunciones relativas de dolo o culpa grave del artículo 165 de la Ley Concursal”, en ROJO, ÁNGEL/CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 175- 189.

GARCÍA COMPANYS, ANNA, “El deber de lealtad de los administradores: una aproximación desde el análisis económico del derecho”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 771-801

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, “Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Vol. 5: Liquidación concursal, conclusión y reapertura del concurso, calificación del concurso supuestos especiales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4913-4946.

- *La calificación del concurso*, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, Cizur Menor, 2004.

- “La calificación del concurso y responsabilidades derivadas”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1359- 1430.

- “Las operaciones de liquidación (III): la enajenación global de la empresa”, en GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *La liquidación concursal*, Thomson Civitas, primera edición, Cizur Menor, Madrid, 2011, pp. 247-300.

- “Artículo 163. Calificación del concurso y formación de la sección sexta”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2513-2520.

- “Artículo 164. Concurso Culpable”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2521-2534.

- "Artículo 167. Resolución judicial", en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 2545-2550.

- "Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *La reintegración en el Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición, Cizur Menor, 2014, pp. 31-77.

- "Administradores sociales y administradores de hecho", en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, JUAN CARLOS/ OLEO BANET, FERNANDO, MARTÍNEZ FLÓREZ, AURORA (Coords.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 527-561.

- "La reintegración en el concurso. La acción rescisoria concursal", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1359- 1430.

GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, "La inhabilitación como efecto de la calificación culpable del concurso", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2012, pp. 175-178.

GARNACHO CABANILLAS, LOURDES, "Deber de lealtad: órgano de administración versus socios", en en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 833-850.

GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, octava edición, revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, ed. J. Garrigues, Madrid, 1983.

GARRIDO, JOSÉ MARÍA, *Las instrucciones en el contrato de comisión mercantil*, Civitas, Madrid, 1995.

GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, "Acciones de reintegración", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 829-871.

GIMENO-BAYÓN COBOS, RAFAEL, "Aproximación a la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades", en CALBACHO LOSADA, FERNANDO, *Responsabilidad civil derivada de los procesos concursales*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 5, 1999, pp. 79-124, en particular, pp. 120-123.

GIRARDO PERANDONES, PABLO, *La empresa del grupo y el derecho de sociedades*, editorial Comares, Granada, 2001.

- “La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 43, 2018, pp. 89-112.

GIRÓN TENA, JOSÉ, *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Civitas, Madrid, 1986.

GÓMEZ ASENSIO, CARLOS, “Las garantías contextuales: rescisión y grupos societario”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 23, 2015, pp. 123-146.

GONZÁLEZ BILBAO, EMILIO, “Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva Ley Concursal”. Revista de Derecho bancario y bursátil, núm. 94, 2004, pp. 167-192.

GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios a Código de Comercio*, Valladolid, 1930.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN, “Reglas de legitimación e impugnabilidad. El conflicto entre mayorías y minorías inmanente en la impugnación de acuerdos”, Revista de Derecho de Sociedades, Aranzadi, núm. 50/2017, [versión digital]

- “La doctrina del levantamiento del velo societario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: status questionis”, La Ley mercantil (4287/2016), núm. 26, Sección Empresa y empresario, Junio 2016, p. 3.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, JOSÉ CARLOS, “Artículo 148. Plan de liquidación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1605-1643.

- “Artículo 149. Reglas legales de liquidación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1644-1683.

GUPTA-MUKHERJEE, SWASTI, “Investing in the “New Economy”: Mutual Fund Performance and the Nature of the Firm”, Journal of Financial & Quantitative Analysis. Volume 49, Issue 1, 2014, pp. 165-191.

GURREA MARTÍNEZ, AURELIO, “El concepto de irregularidades contables relevantes en la calificación del concurso de acreedores”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, 217-235.

GUY, DAVIS/ HARRIS, TONY/ LAMB, MARK, *Cash pooling and Insolvency*, ed. Global Law and Business (Marcel Willems), Londres.

HARRY RONALD, COASE, “The Nature of the Firm”, *Economica*, New Series, vol. 4, núm. 16, November 1937, pp. 386-405.

- *The Firm, the market, and the law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.

HARTMAN, R.F., "Situation-specific Fiduciary Duties for Corporate Directors: Enforceable Obligations or Toohless Ideals?", 50 *Washington and Lee Law Review*, 1993.

HEERSTRAßEN, FRANK / NEBE, FELIX., "Cash pooling after the Reform of the German Act on Limited Liability Companies (GmbHG)", *Loschelder Rechtsanwälte*, pp. 1-6, disponible en: https://loschelder.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf/aktuelles/2009/2009-01_DetailsAktuell.pdf.

HEINICH, JULIA, "Précisions sur la qualification de dirigeant de fait", *Bulletin Joly Sociétés*, n. 7-8, 2017, p. 463.

HELVING GÜNTER, "El Outsourcing de Servicios Financieros", *Diario La Ley*, núm. 6061, Sección Doctrina, 2004, [versión digital].

HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, "Artículo 1.665", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Libro IV Bosch, Barcelona, 2000, pp. 788-795.

- "Artículo 1.766", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 7, Libro IV, Bosch, Barcelona, pp. 1.038-1041.

- "Artículo 1.767", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 7, Libro IV, Bosch, Barcelona, p. 1.041.

- "Artículo 1.778", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO (Coord.), *Comentario del Código Civil*, Tomo 7, Libro IV, Bosch, Barcelona, pp. 1.042-1.044.

HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN (Coord), "Efectos de la declaración del concurso: efectos sobre los actos perjudiciales para la masa", en HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN (Coord), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 291-310.

HICKS, JOHN RICARD, "The Foundations of Welfare Economics", *Economic Journal*, December, London, 1939.

HORMACHEA ALONSO, JUAN, "Ejecución de garantías financieras y compensación en el concurso. Comentario a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 y de 26 de junio de 2012", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, 2013, pp. 257-273.

HUECK, ALFRED, "Normenverträge", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, Jena, 1923.

HUELMO REGUEIRO, JOSEFINA, *La acción rescisoria concursal*, Tesis doctoral dirigida por Cristina Riba Trepas, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015.

IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR, “Efectos patrimoniales de la sentencia de calificación”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 467-480.

IRACULIS ARREGUI, NEREA, “Estudio del concepto de interés del grupo: el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 403-424.

- “La prohibición del voto en el grupo de sociedades: el conflicto de intereses directo o indirecto del administrador de la filial”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 189 – 207.

JAMES, J. HANKS, JR., “Playing with Fire: Nonshareholder Constituency Statutes in the 1990s”, *Stetson Law Review*, vol.1, issue 1, 1991.

JUSTE MENCÍA, JAVIER, “La legitimación de la minoría y de los acreedores para el ejercicio de la acción social”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 141-188.

- “Falta de ejercicio y renuncia a la acción social de responsabilidad contra los administradores”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 969- 991.

KALDOR, NICHONAS, “Welfare Propositions and Interpersonal Comparison of Utility”, *Economic Journal*, September, London, 1938; HICKS, JOHN RICARD, “The Foundations of Welfare Economics”, *Economic Journal*, December, London, 1939.

KAIL, NEIL M., “Coase and the contribution of ‘The Nature of the Firm’ [I am grate]”, *Managerial & Decision Economics*, Vol. 36, Iseo 1, 2015, pp. 44-54.

LARA, RAFAEL, “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 103-140.

LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, editorial Ariel, segunda edición definitiva, Barcelona, 1979.

- *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, editorial Comares, Granada, 2002.

- *Derecho civil. Parte general*, Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

- *Derecho Civil, Parte General*, (traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea), ed. De Derecho reunidas, Madrid, 1978.

LATORRE CHINER, NURIA, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, editorial Comares, Granada, 2003.

- "El concepto de administrador de hecho en el nuevo art. 133.2 LSA", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 253, 2004, pp. 853-900.

LE TORNEAU, PHILIPPE (Dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7e éd., Dalloz, Paris, 2008, núm. 899.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, ELENA, "El difícil equilibrio de lealtades del órgano de administración de la sociedad filial y su grupo", en en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 803-832.

LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, "Artículo 249 bis. Facultades indelegables", en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters – Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 521-540.

- "Acciones de reintegración", en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1301-1321.

- "El sistema de reintegración concursal", *Revista del Poder Judicial*, núm. extra 18, 2004, pp. 241-292.

LLEBOT MAJÓ, ORIOL, "Los deberes y la responsabilidad de los administradores", en BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (dir.)/ ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL (dir.)/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 21- 63.

LÓPEZ APARCERO, ANTONIO, "Concepto de grupo de sociedades y concurso", *Anuario de Derecho concursal*, núm. 26, 2012, pp. 251-272.

LÓPEZ BUSTABARD, IGNACIO-JAVIER, "La doctrina del levantamiento del velo societario. Análisis comparativo de la Jurisprudencia española y anglosajona", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 295, 2015, pp. 487-509.

LÓPEZ EXPÓSITO, ANTONIO J., “Aspecto societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, en LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*, Wolters Kluwer, Hospitalet del Llobregat, Barcelona, 2017, pp. 86-131.

LÓPEZ SANZ, SALVADOR, *Curso de Derecho Mercantil*, editorial Bello, Valencia, 1991.

LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, “La acción revocatoria concursal: perfiles generales”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, en Vol. 4: La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4159-4174.

LORENZI, FRANCESCA, “Cash pooling, profili di revocabilità fallimentare e finanziamenti infragruppo”, Studio legale Dolmetta e Salomone, D&S, 2015, disponible en: <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/societa/cash-pooling-profilo-di-revocabilita-fallimentare-e-finanziamenti-infragruppo>.

LUENGO GARCÍA, RAMÓN, “El contrato de comisión”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO (Dir.)/ CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES (Coord.)/ DEL BARRIO PÉREZ, ÁNGELA (Coord.), *Contratos Mercantiles*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 575-599.

MACHADO PLAZAS, JOSÉ, *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Thomson Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2006.

MADRAZO LEAL, JUAN, “La cobertura del déficit”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, BELÉN, *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, primera edición, Valencia, 2015, pp. 2273-2297.

MARCOS FERNÁNDEZ, FRANCISCO/ SÁNCHEZ GRAELLS, ALBERT, “Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 268, 2008, pp. 499-568.

MARIMÓN DURÁ, RAFAEL, *La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus socios, administradores y otras sociedades del grupo (Del art. 10 LSRL al art. 162 TRLSC)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2010.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, FERNANDO, “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 12, Sección Estudios, Primer semestre de 2010, pp. 93-115.

- “Artículo 163. Calificación del concurso”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1770-1774.

- “Artículo 164. Concurso culpable”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 774-1793.

- “Artículo 165. Presunción de culpabilidad”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1793-1800.

- “Artículo 167. Formación de la sección sexta”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1804-1811.

- “Artículo 172. Sentencia de calificación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 1827-1837.

MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, “Artículo 1.665”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 1883-1886.

MÁRQUEZ LOBILLO, PATRICIA, “Alcance del deber de lealtad del administrador de una filial en un supuesto de conflicto entre el interés del grupo, el de la sociedad que administra y el propio”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 449-476.

MARTÍN REYES, MARÍA DE LOS ÁNGELES, “El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 12, 2010, pp. 167-196.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO, “Los hechos de concurso culpable (art. 164.2 LC)”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 149-173.

MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, *La calificación del concurso de acreedores. Una institución necesaria*, Thomson Reuters Aranzadi, primera edición, Cizur Menor, 2019.

MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, “Los administradores responsables”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO/ ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL (Dir.)/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, sexta edición, Valencia, 2016, pp. 65-102.

- “Ámbito subjetivo de la calificación: administradores de derecho y de hecho”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013, pp. 367-385.

MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO/ BROSETA PONT, MANUEL, *Manual de Derecho mercantil, Vol. II: Contratos mercantiles. Derecho de los títulos de valores. Derecho concursal*, ed. Tecnos, Madrid, 2017.

- *Manual de Derecho mercantil*, Vol. II, ed. 13, 2016.

MASSAGUER FUENTES, JOSÉ, “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, en Vol. 4: *La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4211-4237.

- “La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios”, en BONARDELL LENZANO, RAFAEL/ MEJÍAS GÓMEZ, JAVIER/ NIETO CAROL, UBALDO, *La reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Dykinson*, Madrid, 1994, pp. X.

MEDINA ORS, GUILLERMO, “El derecho de información del socio sobre la filial”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el Derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 425-447.

MEJÍAS LÓPEZ, JAVIER, “Deber de independencia de consejeros y business judgement rule”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 851-872.

MENÉNDEZ MATO, JUAN CARLOS, “Precontrato: obliga a las partes a celebrar un posterior contrato definitivo. La sujeción de la eficacia de un contrato definitivo al cumplimiento de una condición, no transforma a dicho contrato en precontrato”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ed. Civitas, núm. 49, Enero-Marzo 1999, pp. 117-138.

MESSINEO, FRANCESCO, *Dottrina generale del Contratto. (Artt. 1321-1469 Cod. Civ.)*, Giuffrè, Milano, 1946.

- *Manual de Derecho civil y comercial* (traducción de Santiago Sentis Melendo), tomo II, ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

MIOLA, MASSIMO, “Tesorería concentrada nei gruppi di società e capitale sociale”, en RESCIO, G., *La struttura finanziaria e i bilanci delle società di capital. Studi in onore di Giovanni E. Colombo*, ed. Giappichelli, Torino, 2011, pp. 36-78.

- “Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società”, en AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa*, vol. II, ed. Utet Giuridica, 2014, pp. 2679-2745.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, JUAN, “El grupo de empresas con efectos laborales”, Trabajo y Derecho, núm. 4, Abril 2015, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 2694/2015, pp. 34-47.

MONTALENTI, PAOLO, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Giuffré Editore, Milano, 2011, pp. XX.

MORALEJO MÉNDEZ, IGNACIO, “El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 65-103.

- *La reintegración en el Concurso de Acreedores*, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición, 2014.

MORENO QUESADA, BERNARDO, “Capítulo 1. Configuración del derecho real”, SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, *Curso de Derecho Civil III. Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant Lo Blanch, octava edición, Valencia, 2019, pp. 29-40.

MUÑOZ PÉREZ, ANA FELÍCITAS, “El contrato marco de operaciones financieras en concurso”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 17, Sección Varia, Segundo semestre de 2012, ed. Wolters Kluwer, La Ley 16295/2012.

MUSCAT, ANDREW, *The Liability of the Holding Company for the Debts of its Insolvent Subsidiaries*, Routledge, 1996.

NÚÑEZ MONEDERO, TERESA, “La automatización de la cadena de cobros y pagos de la empresa”, Estrategia Financiera, núm. 219, pp. 46-49.

OBADIA, ÉLOÏSE/ SEXER, YVES, “La responsabilité des dirigeants et l’article 180 de la loi du 25 janvier 1985”, Bulletin Joly Sociétés, n. 6, 1994.

ORTEGA VERDUGO, FRANCISCO JAVIER, “Modelo para implantar una tesorería centralizada en un grupo empresarial”, Estrategia Financiera, núm. 219, julio-agosto, 2005, pp. 20-28.

ORTIZ DEL VALLE, MARIA DEL CARMEN, “Estado actual de la delegación de facultades en las sociedades de capital”, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 65, junio 2016, pp. 143-172.

OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL, “Capítulo 1. La obligación y el Derecho de obligaciones”, en SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER (Coord.), *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, novena edición, Valencia, 2018, pp. 33-36.

PARETO, VILFREDO, *Manuale di economia politica: con una introduzione alla scienza sociale*, Società editrice libraria, Milano, 1919.

PASTOR SEMPERE, CARMEN, “El riesgo de insolvencia en la sociedad dependiente en el anteproyecto de código”, en MORILLAS JARILLO, MARIA JOSÉ (dir.)/ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR (dir.), PORFITIO CARPIO, LEOPOLDO (dir.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil, Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 745-763.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, “Artículo 1.665”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO (Dir.)/ DÍEZ-PICAZO POCE DE LEÓN, LUIS (Dir.)/ BERCOVITZ, RODRIGO (Dir.)/ SALVADOR CODERCH, PABLO (Dir.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1993, pp. 1299-1328.

- “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1999, cit., pp. 223-252.

- *¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019.

- “¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN (Dir.)/ COHEN BENCHETRIT, AMANDA (Dir.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1479-1631.

- “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 20, 2003, pp. 67-109.

- “Comentario al artículo 1686 del Código Civil”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, vol. II.

- “Perservarere diabolicum (A propósito de la STS 26-II.2018)”, *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), núm. 9178, Sección Tribuna, 16 abril de 2016, La Ley 2567/2018 [versión digital].

- “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1587-1640.

- “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2003.

PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO, *El contrato de comisión, cooperación y conflicto [la comisión de garantía]*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 1996, reimpresión 2016.

PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, editorial Comares, Granada, 2002.

PÉREZ BENITEZ, JACINTO JOSÉ, “Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 2013, pp. 155-164.

- “El papel del administrador desde la perspectiva de los conflictos societarios. Los deberes de los administradores”, en ORTEGA BURGOS, ENRIQUE (dir.)/ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, MARÍA/ GARCÍA MARRERO, JAVIER/ GARCÍA-VILLARRUBIA, MANUEL (coord.), *Tratado de conflictos societarios*, pp. 323-366.

PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

PÉREZ MILÁN, DAVID, “La subordinación de créditos y los pactos de socios”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, 2013, pp. 143-165.

PERDICES HUETOS, ANTONIO, “Significado actual de los administradores de hecho, los que administran de hecho y los que de hecho administran (a propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 18, 2002, pp. 277-287.

PESCATORE, GIACOMO, “Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto”, *Giurisprudenza commerciale*, n. 4, Giuffrè, 2014, parte II, pp. 647 y ss.

PETER STRINGHAM, EDWARD, “Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning”, *Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 4., no. 2, pp. 41-50.

PIER GIUSTO, JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964.

POLLAND-DULIAN, F. / RONZANO, A. “Le contrat-cadre par delà les paradoxes”, *RTD Com.*, 1996.

POLETI, DIANORA, “Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto”, *Rivista Contratto e Impresa*, 1987, pp. 124-141.

PORFIRIO CARPIO, LEOPOLDO JOSÉ, “Concurso de acreedores”, *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 254, noviembre 2014, [versión digital].

PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2016.

POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Tratado de los contratos de beneficencia*, Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores, ed. J. Roger, Barcelona, 1845.

PULGAR EZQUERRA, JUANA, “El concurso de las sociedades integradas en un grupo”, en ALONSO UREBA, ALBERTO/ ALONSO LEDESMA, CARMEN/ ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO (Dirs.), *La modernización del derecho de sociedades de capital en España: Cuestiones pendientes de reforma*, vol. 2, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 447-486.

- “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 132-168.

- “Artículo 63. Supuestos especiales”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 846-852.

- “Artículo 71 bis. Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 953-985.

- “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, primera edición, Madrid, 2012, pp. 525-556.

- *El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 2000.

- “La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en derecho español”, en VARGAS VASSEROT, CARLOS (coord.)/ PULGAR EZQUERRA, JUANA (dir.), *Tendencias actuales en torno al mercado de crédito*, Marcial Pons, 2010, pp. 115-149.

RAMOS MUÑOZ, DAVID, “El Derecho de grupos que viene. Cuidado con lo que deseas”, en MORILLAS JARILLO, MARÍA JOSÉ (Dir.)/ PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR (Dir.)/ PORFIRIO CARPIO, LEOPOLDO JOSÉ, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 840-859.

RAMOS QUINTANA, MARGARITA I., “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, núm. 25, 2017, Wolters Kluwer, [versión digital].

RECALDE CASTELLS, ANDRÉS JUAN, “Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria. Comentario a la STS (Sala 1) de 19 de diciembre 1991”, *Diario La Ley*, núm. 3112, 1992.

- “La prueba en la regla de la discrecionalidad empresarial (business judgement rule), en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1185-1213.

- “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; *la business judgement rule*”, en EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL (coord.)/ EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO (dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, pp. 245-274.

RECALDE CASTELLS, ANDRÉS, “Artículo 160. Competencia de la junta”, en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 29-50.

- “Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión”, en JUSTE MENCÍA, JAVIER (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 51-63.

RECAMAÑÁN GRAÑA, EVA, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis”, *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, núm. 28, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

- “La protección de la discrecionalidad empresarial en la sociedad en crisis”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 747-767.

REDENTI, ENRICO, “Aspetti giuridici della tragedia di Superga”, *Giurisprudenza italiana e La Legge: con repertorio generale annuale di giurisprudenza, dottrina e legislazione; Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, vol. 103, n. 2, 1951, pp. 49-64.

RIBAS FERRER, VICENÇ, “Artículo 225. Deber de diligente administrador”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1608-1620.

- “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, ÁNGEL JOSÉ (coord.)/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M. (coord.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 1659-1663.

RINOW, MARTIN/ MAURO, JOE, “POBO and COBO: Path to a Single-Account Structure?”, Deutsche Bank. Global Transaction Banking. Disponible en: https://www.fpssc.com/DB/TreasuryPulse/PDF/No12015_article2.pdf.

RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, *Reintegración y concurso de acreedores*, ed. Dilex, Madrid, 2005.

ROCA JUAN, JUAN, “Artículo 1.766”, en ALBADALEJO, MANUEL (Dir.)/ DIEZ ALABART, SILVIA (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 215-236.

- “Artículo 1.767 y Artículo 1.768”, en ALBADALEJO, MANUEL (Dir.)/ DIEZ ALABART, SILVIA (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXII, Vol. 1º, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 237-240.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, “El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962.

RODRIGO URÍA/ MENÉNDEZ, AURELIO/ JAVIER CORTÉS, LUIS, “Capítulo 63. El contrato de cuenta corriente”, en RODRIGO URÍA (Dir.)/ MENÉNDEZ, AURELIO (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 223-229.

- “Capítulo 67. El contrato de depósito”, en RODRIGO URÍA (Dir.)/ MENÉNDEZ, AURELIO (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 297-307.

RODRÍGUEZ-PALERMO SEUMA, “Deudas nacidas de la misma relación jurídica: ¿compensación o excepción de contrato no cumplido?”, *Diario La Ley*, núm. 8277, Sección Doctrina, 2014.

ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ, “El Derecho concursal”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO/ URÍA GONZÁLEZ, RODRIGO, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Thomson Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2007, pp. 895-910.

- “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 164-183.

- “Sobre el concepto de déficit en el artículo 172 bis de la Ley concursa;”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 48, 2019.

ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, Thomson Reuters Civitas, primera edición, Cizur Menor, 2013

ROZÈS, JEAN-BAPTISTE, “Le dirigeant de fait : une situation créatrice de responsabilités sans pour autant exonérer le dirigeant de droit de ses propres responsabilités”, *Village de la Justice*, 2011, disponible en : https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=001876118777903843559:qoxtwxd5wk&q=https://www.village-justice.com/articles/dirigeant-situation-creatrice,10862.html&sa=U&ved=2ahUKewiE_mvrsnnAhVVAWMBHeEYAlgQFjAAegQIABAC&usg=AOvVaw2KN1nFyZRHHGRQMB84tjBH.

RUBIO VICENTE, PEDRO J., “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 22, 2004, pp. 115-155.

- “Concesión abusiva de crédito y concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, Sección Comunicaciones, 2008, pp. 247-274.

RUGGERI, LUCA, “Brevi note circa il cash pooling. Nota a commento Tribunale Pistoia del 17 febbraio 2010”, *IL CASO.it*, Sezione II – Dottrina, opinioni e intervinenti, documento núm. 229, 2011.

SACRISTÁN BERGIA, FERNANDO, “Tratos preliminares y contratos de distribución”, ALONSO UREBA, ALBERTO (dir.)/ VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO (dir.)/ ALONSO

LEDESMA, CARMEN (dir.)/ ECHEVARRÍA SÁENZ, JOSEBA AITOR (dir.)/ VIERA GONZÁLEZ, ARÍSTIDES JORGE (dir.) , *Los contratos de distribución*, ed. La Ley, Madrid, Abril 2010, pp. 427-451.

SAINTOURENS, BERNARD, “Qualification de dirigeant de fait et caractérisation de la faute de gestion”, *Bulletin Joly Sociétés*, n. 7, 2011, p. 583.

SALA REIXACHS, ALBERTO (Dir.)/ BALDÓ DEL CASTAÑO, VICENTE (Coord.)/ RUEDA MARTÍNEZ, JOSÉ ALEJO (Coord.), *Comentarios al Código de Comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Atelier, Barcelona, 2002.

SALA REIXACHS, ALBERTO, *Comentarios al Código de Comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2002.

SALA SANJUÁN, ABEL JOAN, *La acción de cobertura del déficit concursal (art. 172 bis LC). Configuración y naturaleza jurídica*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2019.

SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN, “La reforma del régimen de facultades delegables del consejo de administración”, en EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO, *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 189-244.

SAN JOSE, LEIRE/ RETOLAZA, JOSE LUIS, “Under the cash pooling: does the cooperation matter”, *Business: Theory and Practice*, 2013.

SÁNCHEZ ARISTI, RAFAEL, “Artículo 1.767”, y “Artículo 1.768”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 2001-2004.

SANCHEZ CALERO, FERNANDO, “Contrato de cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y la rendición de cuentas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 46, Abril-Junio 1992.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Reuters Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen II*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 77, Madrid, pp. 7-64.

- “Insuficiencia del capital social y postergación legal de créditos”, *Anales de la Academia Matritense del Notario*, tomo 34, 1995, pp. 141-168.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en RODRIGUEZ ARTIGAS, FERNANDO, (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 851-914.

- “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, pp. 7-60.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN/ FUENTES NAHARRO, MÓNICA, “El concepto estricto de grupo en la Ley Concursal (A propósito de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2012, de la Audiencia Provincial de Tarragona de 24 de septiembre de 2013 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de diciembre de 2013)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, pp. 595-620.

SANCHO GARGALLO, IGNACIO, “Las acciones social e individual en la jurisprudencia reciente”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 951-967

- *La rescisión concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- “Calificación del concurso”, en QUINTANA CARLO, IGNACIO/ BONET NAVARRO, ÁNGEL/ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 545-580.

- “La responsabilidad por el déficit concursal”, en ROJO FERNÁNDEZ, ÁNGEL JOSÉ/ CAMPUZANO LAGUILLO, BELÉN, *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, primera edición, Valencia, 2015, pp. 2239-2271.

- “Las acciones de reintegración”, en PRENDES CARRIL, PEDRO, *Tratado judicial de la insolvencia*, tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

SANTOS BRIZ, JAIME, “Artículo 1.196”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 466-469.

SANTOSUPSSO, F., “La ‘nuova frontiera’ della tutela aquiliana del credito”, *Giustizia Civile*, 1971, pp. 201-221.

SARAZÁ JIMENA, RAFAEL, “Jurisprudencia sobre el deber de lealtad de los administradores sociales”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dir.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 789-801.

- SAYAG, ALAIN, (Dir.), *Le contrat-cadre, 1-Exploration comparative*, Litec, Paris, 1994.
- SCHALL, ALEXANDER, "The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK", *European Company Financial Review*, vol. 13, issue 4, 2016, pp. 549-574.
- SCHERK, JAVIER, "El outsourcing comercial: una herramienta estratégica", *Estrategia financiera*, núm. 328, junio 2015, Wolters Kluwer España, [versión digital].
- SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, "Los tratos preliminares, cartas de intenciones, ofertas vinculantes y no vinculantes. Su problemática contenciosa", JORDANO LUNA, MARTÍN, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, ed. La Ley, Madrid.
- *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Thomson Reuters Civitas, segunda edición, Cizur Menor, 2013.
 - *Concurso y rescisión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
 - "Garantías intragrupo: problemática y potencial rescindibilidad", *2015 Práctica Mercantil para abogados*, La Ley, Madrid, 2015, [versión digital].
- SELIGRAT GONZÁLEZ, VÍCTOR MANUEL, "De nuevo sobre el precontrato", SELIGRAT GONZÁLEZ, VÍCTOR MANUEL, *Derecho de obligaciones y contratos*, ed. La Ley, Madrid.
- SERRANO OLIVARES, RAQUEL, "Grupo de empresa a efectos laborales y cash pooling", *IUSLabor*, núm. 1, 2014, pp. 1-7.
- SMITH, DOUGLAS G., "Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries", *Brigham Young University Law Review*, no. 4, 2008; George Mason University Law and Economics Research Paper no. 08-08, disponible en: https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/08-08%20Piercing%20the%20Corporate%20Veil.pdf
- SOINNE, BERNARD, "Brèves réflexions sur la nouvelle loi et son application au 1^{er} janvier 2006 (Loi n^o 2005-845, 26 juillet 2005 de Sauvegarde des Entreprises)", *Revue des Procédures Collectives*, n. 3, pp. 175-178.
- SOLAR BELTRÁN, INMACULADA, "Los conflictos de intereses del socio mayoritario: el deber de abstención en las juntas generales", en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 99-111.
- SORO RUSSELL, OLIVIER, *Los contratos como fuente de normas: contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, ed. Reus, Madrid, 2014.

TIRADO MARTÍ, IGNACIO, “Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, 2009, pp. 1055-1108.

TREVISAN, TAMARA, “Cash pooling, aspetti civilistici e fiscali (1)”, *Fisco Oggi*, 2006, disponible en: <https://www.fiscooggi.it/rubrica/attualita/articolo/cash-pooling-aspetti-civilistici-e-fiscali-1>.

TRIMARCHI, PIETRO, “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito”, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, A. 29, (3), Maggio - Giugno, 1983, pp. 217-236.

URÍA, RODRIGO/ MENÉNDEZ, AURELIO/ ALONSO SOTO, RICARDO, “Contratos de colaboración: el contrato de comisión”, en URÍA, RODRÍGO (dir.)/ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO (dir.), *Curso de Derecho mercantil*, vol. 2, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 155-164.

VALBUENA GUTIÉRREZ, JOSÉ ANTONIO, “Artículo 1.196”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, ed. Elcano, 2001, pp. 1414 y 1415.

VALMAÑA CABANES, ANTONIO, “Contrato de cash pooling y responsabilidad de administradores”, *Contable*, núm. 63, 2017, pp. 14-16.

VALPUESTA GASTAMINZA, EDUARDO, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Bosch, Barcelona, 2018.

- “Artículo 58. Prohibición de compensación”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2016, pp. 759-782.

VETTER, JOCHEN/ SCHWANDTNER, CHRISTIAN, “Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)”, *German Law Journal*, vol. 9, issue 9 (Special issue – Reform of Germany’s Private Limited Company (GmbH)), 2008, pp. 1155-1176.

VICENÇ RIBAS, FERRER, *Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades*, Tesis doctoral dirigida por Luis Javier Cortés Domínguez, Universitat Autònoma de Barcelona, 2005.

VICENT CHULIÁ, EDUARDO/ BELTRAN ALANDETE, TERESA, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, ed. J.M. Bosch, 2003.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, vol. II, vigésima tercera edición, Valencia, 2012.

- “Grupo de sociedades y conflictos de intereses”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, 2011, pp. 19-43.

VILLANUEVA LUPIÓN, CARMEN, *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, primera edición, La Ley, Madrid, 2009.

VILLENA CORTÉS, FRANCISCO, “Deber de abstención del derecho de voto del socio incurso en conflicto de intereses. Comentario y reflexiones entorno al art. 190 TRLSC”, en ORTEGA BURGOS, ENRIQUE (dir.)/ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, MARÍA/ GARCÍA MARRERO, JAVIER/ GARCÍA-VILLARRUBIA, MANUEL (coord.), *Tratado de conflictos societarios*, pp. 159-182.

VINEY, GENEVIÈVE, *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité*, (sous la direction de Jacques Ghestin), 2^a éd., París, 1995.

VIVES RUIZ, FERNANDO, “El alcance del deber de diligencia de los administradores sociales”, en GONZAÁLEZ FERNÁNDEZ, MARÍA BELÉN/ COHEN BENCHETRIR, AMANDA (Dirs.)/ OLMEDO PERALTA, EUGENIO/ GALACHO ABOLAFIO, ANTONIO F. (Coords.), *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 643-676.

WÖLFING, DIRK/ MOORMANN, JÜRGEN, “Cash management in transition: From cash management to cash process management”, *Journal of Payments Strategy & Systems* Volume, núm. 4, vol. 11, 2017.

YANES YANES, PEDRO, “La calificación del concurso”, en PULGAR EZQUERRA, JUANA (Dir.), *El concurso de acreedores. Adaptado a la Ley 30/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, La Ley, primera edición, Madrid, 2012, pp. 525-556.

Esta Tesis Doctoral ha sido defendida el día ____ d_____ de 20_____

En el Centro_____

de la Universitat Ramon Llull, ante el Tribunal formado por los Doctores y Doctoras
abajo firmantes, habiendo obtenido la calificación:

Presidente/a

Dr. Francisco Vicent Chuliá

Vocal

Dr. Javier Juste Mencía

Vocal*

Dra. Adoración Pérez Troya

Vocal*

Dr. Daniel Vázquez Albert

Secretario/a

Dr. Sergio Llebaría Samper

Doctorando/a

Silvia Valdés Pons

(*): Sólo en el caso de tener un tribunal de 5 miembros

