



Roj: **STS 2677/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2677**

Id Cendoj: **28079110012018100428**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2018**

Nº de Recurso: **3022/2015**

Nº de Resolución: **437/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6634/2015,**
STS 2677/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 437/2018

Fecha de sentencia: 11/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3022/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3022/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 437/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 11 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 170/2015 de 30 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 893/2013 del Juzgado de lo Mercantil 8, sobre acción de reintegración concursal.

El recurso fue interpuesto por Anlloc S.L., representado por la procuradora D.^a Carmen Cabezas Maya y bajo la dirección letrada de D. Ángel López-Sors González.

Es parte recurrida la Administración Concursal de R.L. Berton S.L., representado por el procurador D. Luis Delgado de Tena y bajo la dirección letrada de D.^a Silvia Navarro Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La Administración Concursal de RL Berton S.L., interpuso demanda incidental ejercitando la acción de reintegración contra RL Berton S.L. y Anlloc S.L. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] que, estimando íntegramente la demanda incidental presentada por la Administración Concursal, contenga los siguientes pronunciamientos:

» a) Declare la rescisión y consiguiente ineficacia de las operaciones de venta de los vehículos realizadas por RL Berton, S.L. a favor de Anlloc, S.L. entre el 08/11/2011 y el 02/07/2012, identificadas en el hecho segundo de la presente demanda.

» b) Condene a Anlloc, S.L. a restituir a la masa activa del concurso todos los vehículos, a excepción del vehículo KMT 990 Superduke con matrículaYGD, al no constar de su titularidad actualmente.

» c) Condene a Anlloc, S.L. a pagar la cantidad de 3.540,00 € correspondiente al valor del vehículo KMT 990 Superduke con matrículaYGD en la fecha en que salió del patrimonio de la Concursada, más los correspondientes intereses legales.

» d) Declare que concurrió mala fe en la actuación Anlloc S.L. al contratar con la Concursada las operaciones impugnadas, condenándola a pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados a la masa activa equivalente a la depreciación de los vehículos ocasionada por el uso y transcurso del tiempo, calculada hasta que tenga lugar su restitución.

» e) Declare que la restitución de prestaciones a efectuar por la Concursada debe consistir en retroceder la compensación de créditos efectuada en su día, manteniendo en la masa pasiva de RL Berton, S.L., un crédito a favor de Anlloc, S.L. por importe de 139.160 Euros, que debe ser incluido en la lista de acreedores con la calificación de subordinado.

» f) Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales».

2.- La demanda fue presentada el 4 de diciembre de 2013 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 8 de Barcelona, fue registrada con el núm. 893/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- La procuradora D.^a Carmen Ribas Buyo, en representación de Anlloc S.L., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

La procuradora D.^a Carmen Ribas Buyo, en representación de RL Berón S.L., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, dictó sentencia 132/2014, de 27 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar la demanda de reintegración planteada por la administración concursal de RL BERTON S.L. y con los siguientes pronunciamientos:

» 1. Declaro la rescisión e ineficacia de las ventas de vehículos realizadas por RL BERTON S.L. a favor de ANLLOC S.L. entre el 8/11/2011 y el 2/07/2012, identificadas en el hecho probado 1.

» 2. Condono a ANLLOC S.L. a restituir a la masa activa del concurso todos los vehículos, a excepción del vehículo KTM 990 SuperdukeYGD al no constar de su titularidad.



- » 3. Condeno a ANLLOC S.L. a pagar a la masa activa la cantidad de 3.540 euros, más los intereses legales, correspondiente al valor del vehículo KTM 990 SuperdukeYGD .
- » 4. Declaro la mala fe de ANLLOC S.L. y acuerdo que se le reconozca un crédito en el concurso de 139.160 euros con la calificación de subordinado y le condeno a abonar en concepto de daños y perjuicios ocasionados la suma de 37.875,18 euros, más los intereses legales».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de RL Berton S.L. y de Anlloc S.L. La Administración concursal de RL Berton S.L. se opuso a los recursos.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 567/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 170/2015, de 30 de junio , en la que desestimó el recurso, sin hacer especial imposición de las costas del recurso. La sentencia tuvo un voto particular discrepante.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Carmen Ribas Buyo, en representación de Anlloc S.L., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC [...] Infracción de la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal , introducida según redacción de la Ley 38/2011, de 10 de octubre».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 13 de diciembre de 2017, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de la Administración concursal de RL Berton S.L. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de julio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Los hechos relevantes para entender la cuestión objeto del recurso han sido fijados en la instancia como se expresa en los párrafos siguientes.

2.- R.L. Berton S.L. (en lo sucesivo, Berton) fue condenada a pagar a JC Heyman S.L. 569.304,30 euros en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2011 , por lo que el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró despacho ejecución contra Berton el 4 de noviembre de 2011 por un total de 740.095,30 euros. No se pudo trabar embargo sobre bienes de Berton.

3.- Berton presentó solicitud de concurso voluntario el 9 de julio de 2012. Ese mismo día, pero en un momento posterior, la acreedora JC Heyman S.L. presentó solicitud de concurso respecto de Berton. El Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona declaró a Berton en concurso en auto de 29 de octubre de 2012 .

4.- Entre los días 8 de noviembre de 2011 y 2 de julio de 2012, la concursada había vendido a la sociedad Anlloc S.L. (en lo sucesivo, Anlloc) seis vehículos por un precio total de 139.160 euros, precio que fue compensado con el crédito que Anlloc tenía contra Berton.

5.- La concursada Berton tiene dos socios: D. Carlos , titular del 99% del capital social y administrador social; y D. Felicísimo , titular del 1% del capital social.

6.- Anlloc comparte los dos mismos socios: D. Carlos , titular del 99,93% del capital, y administrador de la sociedad; y D. Felicísimo , titular del 0,07% del capital.

7.- La administración concursal instó la rescisión concursal de dichas compraventas de vehículos. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la compradora Anlloc a devolver los vehículos y a indemnizar a la masa el precio de uno de los vehículos, que había sido transmitido a terceros, y por el importe de su depreciación, al tiempo que le reconoció un crédito subordinado por importe de 139.160 euros.



8.- Berton y Anlloc apelaron la sentencia. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado Mercantil pues, al igual que el juzgado, consideró que ambas estaban integradas en un grupo de sociedades, en el que el control era ejercido por D. Carlos , y no se había desvirtuado la presunción de perjuicio establecida en el art. 71.3.1.º en relación con el art. 93.2.3.º, ambos de la Ley Concursal .

9.- Anlloc ha interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en un único motivo.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso*

1.- El único motivo del recurso denuncia, en su encabezamiento, la infracción de la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal , en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que para que exista grupo de sociedades es indispensable que exista una sociedad dominante, sin que quepa sustituir en la cabecera del grupo a la sociedad mercantil por una persona física. Al no existir un grupo de sociedades, pues el control estaría ejercitado por una persona física, Berton, la concursada, y Anlloc, la adquirente de los vehículos de Berton, no pueden ser consideradas personas especialmente relacionadas, no opera la presunción de perjuicio del art. 71.3.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el perjuicio debe ser probado por la administración concursal.

TERCERO.- *Decisión del tribunal. El grupo de sociedades a efectos del concurso. Grupo de sociedades en el que el control es ejercido por una persona física*

1.- Si bien es cierto que cuando el recurso fue interpuesto no existía todavía un pronunciamiento de este tribunal sobre la cuestión objeto del recurso, y había pronunciamientos dispares de las Audiencias Provinciales, con posterioridad esta sala, como ha puesto de relieve la recurrida en su escrito de oposición al recurso, ha dictado la sentencia 190/2017, de 15 de marzo, que resuelve un recurso en el que se planteaba la cuestión. Los argumentos expuestos en esa sentencia servirán para resolver el presente recurso.

2.- La trascendencia de considerar si estamos o no ante un grupo de sociedades radicaba en aquel caso en la calificación como subordinado o como ordinario de un crédito cuando la sociedad concursada y la acreedora se encuentran sometidas al control de una persona física.

En el presente caso, la trascendencia de considerar si estamos o no ante un grupo de sociedades radica en la aplicación de la presunción de perjuicio del art. 71.3.1.º de la Ley Concursal , aunque, indirectamente, también tiene trascendencia la consideración de si el crédito que tenía Anlloc frente a Berton tenía la consideración de crédito subordinado o era un crédito ordinario.

3.- Tras la reforma del art. 42 del Código de Comercio por la Ley 16/2007, de 4 de julio, el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, una sobre otra u otras.

Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, 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 órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo mediante la adquisición de derechos o la concertación 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 el criterio que establece el 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».

4.- Que la sociedad concursada y la sociedad a la que hizo una transmisión onerosa de sus bienes en el periodo inmediatamente anterior a la solicitud de la declaración de concurso, y una vez que la deudora se hallaba ya en situación de insolvencia, no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas, no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario. Si existe control, en el sentido establecido en el art. 42.1 del Código de Comercio , hay grupo a efectos de la Ley Concursal, aunque las sociedades involucradas en la situación concursal sean ambas filiales o dominadas, y son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades.

5.- Si existe control en alguna de las formas admitidas (en el caso objeto del recurso, lo era mediante mecanismos societarios como es la titularidad prácticamente total del capital social de ambas sociedades), por el hecho de que ese control sea ejercido por una persona física o jurídica que no sea una sociedad mercantil, no puede decirse que estemos ante un grupo horizontal o por coordinación, excluido del concepto de grupo societario del actual art. 42.1 del Código de Comercio . Sigue siendo control societario, plasmado en



- la disponibilidad de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, situación prevista en el art. 42.1.a del Código de Comercio como una de las que hacen presumir la existencia de control.
- 6.-** 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.
- 7.-** Pero para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión.
- 8.-** El art. 42 del Código de Comercio, y en concreto su apartado primero, es una norma ubicada en el título del Código de Comercio que regula las obligaciones contables y los libros de los empresarios (arts. 25 a 50), no en el título primero del libro segundo, dedicado a las compañías mercantiles, que contiene las disposiciones generales de la regulación de estas compañías. Es por ello que, por razones sistemáticas, ha de interpretarse que el precepto contiene elementos que solo son relevantes a efectos contables y que, por tanto, son irrelevantes a otros efectos cuando una norma legal se remite a ella para definir qué debe entenderse como grupo de sociedades, como es el caso de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal.
- 9.-** Las obligaciones contables de las sociedades mercantiles son diferentes de las que afectan a otros empresarios, como por ejemplo los empresarios personas físicas. El art. 34.1 del Código de Comercio impone a todo empresario la obligación de formular las cuentas anuales de su empresa al cierre del ejercicio. De esta obligación no quedan excluidos los empresarios personas físicas, sin perjuicio de que el control que se haga del cumplimiento de esta obligación pueda ser en la práctica mucho menor que en el caso de las sociedades mercantiles.
- 10.-** Pero los empresarios personas físicas no tienen obligación de dar publicidad de sus cuentas anuales. El art. 365 del Reglamento del Registro Mercantil impone a las sociedades mercantiles la obligación de dar publicidad a sus cuentas anuales mediante su depósito en el Registro Mercantil. Los empresarios individuales están exentos de esta obligación de depósito, puesto que ni siquiera es obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil, salvo que se trate de naveros (art. 19 del Código de Comercio).
- 11.-** La consolidación de cuentas por parte de la sociedad dominante tiene por finalidad preservar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad dominante, pues la existencia del grupo de sociedades puede distorsionar gravemente la imagen fiel de esta situación si no se consolidan las cuentas.
- Esta finalidad engarza directamente con la función de la publicidad que es consecuencia del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil. Por eso se impone a la sociedad dominante la obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, a fin de que quienes los consulten puedan tener un conocimiento cabal del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad dominante. Y para determinar cuándo concurre esa obligación, el precepto define qué ha de entenderse por grupo de sociedades.
- 12.-** Por tanto, el primer inciso del precepto solo tiene por finalidad determinar quién está obligado a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, obligación que afecta exclusivamente a las sociedades mercantiles que ejerciten el control en un grupo societario de carácter jerárquico y por tal razón sean consideradas como sociedades dominantes.
- 13.-** La segunda parte del precepto es la relevante a efectos de la remisión contenida en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal. No ocurre así con la primera parte, que solo tiene una finalidad contable, irrelevante para determinar la existencia de grupo de sociedades en el concurso.
- Si existe control, en el sentido definido en el art. 42.1 del Código de Comercio, para que exista un grupo societario a efectos de la Ley Concursal, es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil (que tendría la obligación contable de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados) o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.) que no tenga esas obligaciones contables.
- 14.-** Las razones que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que están involucradas sociedades sujetas a control, en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio, y que afectan a cuestiones tales como la acumulación de concursos, incompatibilidades para desempeñar el cargo de administrador concursal, acciones de reintegración, subordinación de créditos, etc., concurren tanto cuando en la cima del



grupo, ejercitando el control, se encuentra una sociedad mercantil como cuando se encuentra una o varias personas físicas o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación.

15.- Carece de justificación que en un concurso de una sociedad integrada en un grupo en el que una persona física (o una persona jurídica distinta de una sociedad mercantil) ejerce el control, otra sociedad integrada en el grupo no sea considerada como persona especialmente relacionada con la concursada, o que no se tramiten acumuladamente los concursos de dos sociedades integradas en uno de estos grupos, simplemente porque en la cabecera del grupo se encuentra una fundación o una persona física y no otra sociedad.

16.- El propio art. 42 del Código de Comercio, en su apartado 6, prevé la posibilidad de aplicar lo previsto en esa sección a los supuestos en que cualquier persona física o jurídica, distinta de la prevista en el apartado 1, formule y publique cuentas consolidadas, por lo que la situación de control sobre sociedades mercantiles puede ejercerse también por personas físicas o personas jurídicas que no sean sociedades mercantiles, sin perjuicio de que en este caso la consolidación de cuentas por parte de la persona física o jurídica dominante sea voluntaria.

17.- Las razones que justifican el tratamiento como persona especialmente relacionada con el deudor de la sociedad perteneciente al mismo grupo, y que determinan la presunción de perjuicio en las transmisiones onerosas realizadas en el periodo sospechoso anterior a la declaración de concurso o la calificación de su crédito como subordinado, concurren plenamente en caso de que el control sea ejercido por una persona física o una fundación.

La posibilidad de que la sociedad acreedora, al ser una sociedad sometida al mismo control que la sociedad deudora, pueda tener una información privilegiada sobre la situación del deudor, que haya podido tener alguna influencia en su actividad, que la financiación otorgada por esa sociedad del grupo intente paliar la infracapitalización de la sociedad deudora o que la transmisión de bienes se haya realizado para que una sociedad del grupo quede en mejor posición que otros acreedores ante la insolvencia de la deudora, que son las principales razones de que sus créditos se posterguen respecto de los de acreedores que no tengan la calificación de personas especialmente relacionadas, son circunstancias que concurren plenamente en tal supuesto.

18.- Lo expuesto determina que el recurso de casación deba ser desestimado.

CUARTO.- *Costas y depósito*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. Cuando se interpuso el recurso, esta sala aún no se había pronunciado sobre la cuestión, los criterios de las distintas Audiencias Provinciales eran dispares y existían serias dudas de derecho sobre la posibilidad de considerar grupo, a efectos del concurso, aquel en el que el control era llevado a cabo por quien no ostentaba la cualidad de sociedad mercantil.

2.- Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Anlloc S.L., contra la sentencia núm. 170/2015, de 30 de junio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 567/2014.

2.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

3.º- Acordar la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.