



Roj: **STS 3680/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3680**

Id Cendoj: **28079110012018100593**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **2339/2015**

Nº de Resolución: **598/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 598/2018**

Fecha de sentencia: 31/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2339/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2339/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 598/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 31 de octubre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio incidental de impugnación de lista de acreedores seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid. El recurso fue interpuesto por la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L., representada por la procuradora Raquel Gómez Sánchez y bajo la dirección letrada de Elena Mazón Heras. Es parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección letrada de Eduardo Trigo Sierra y Alberto Gómez Fraga. Comparece la administración concursal de la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de la entidad Banco Cam S.A.U., interpuso demanda incidental de impugnación de lista de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, contra la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L. y la administración concursal, para que se dictase sentencia:

"estimatoria de la demanda acordando incluir en la lista de acreedores el crédito que Banco Cam ostenta frente a Servicios Inmobiliarios en la cuantía y calificación solicitadas en el escrito de comunicación de créditos presentado por mi representada, con condena en costas a la parte que se oponga a la misma".

2. La procuradora Raquel Gómez Sánchez, en representación de la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestimando íntegramente las pretensiones de la parte actora con imposición de costas, y ordenando en consecuencia la cancelación de la inscripción de las cargas hipotecarias en su día trabadas como consecuencia del otorgamiento de los contratos de préstamo relacionados en el punto 2 y 3 del hecho primero de la demanda".

3. La administración concursal de la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime la demanda de incidente concursal impetrada, y ordenando en consecuencia la cancelación de la inscripción de las cargas hipotecarias en su día trabadas como consecuencia del otorgamiento de los contratos de préstamo relacionados en el punto 2 y 3 del hecho primero de la demanda, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por Banco Cam, contra Servicios Inmobiliarios Trecam S.L. y contra la administración concursal de la demandada concursada, debo declarar y declaro no haber lugar a modificar la lista de acreedores suplicada, no incluyéndose los créditos reclamados, manteniendo la clasificación del crédito de la actora como subordinado por tratarse de persona especialmente relacionada con el concursado, con las consecuencias de extinción de garantías que pudieran ostentar, imponiéndose las costas a la parte actora".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Banco Sabadell S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 4 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Banco Sabadell S.A. (antes Banco Cam S.A.U.) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. dos de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y en su lugar:

"1. Estimamos parcialmente la demanda de impugnación de la lista de acreedores interpuesta por Banco Cam S.A.U. a fin de que, con las modificaciones oportunas, sean reconocidos los créditos de los que es titular la actora derivados de los préstamos de fecha 19 de febrero de 2007 y 25 de febrero de 2008 por los importes y clasificación con los que fueron comunicados, sin dar lugar a su subordinación por considerar a la



demandante persona especialmente relacionada por el deudor, desestimando la demanda en cuanto al resto de las pretensiones ejercitadas.

"2. No se efectúa expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia.

"No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del recurso.

"La estimación parcial del recurso conlleva la devolución del depósito".

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

1. La procuradora Raquel Gómez Sánchez, en representación de la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º. Infracción del art. 93.2.3º de la Ley Concursal, en relación con el art. 4 de la Ley de Mercado de Valores y art. 42 del Código de Comercio.

"2º. Infracción del art. 93.2.3º de la Ley Concursal en relación con el art. 92.5".

2. Por diligencia de ordenación de 10 de julio de 2015, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L., representada por la procuradora Raquel Gómez Sánchez; y como parte recurrida la entidad Banco de Sabadell S.A., representada por el procurador Ramón Rodríguez Nogueira; y la administración concursal de la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L., representada por Bernardo Pinazo Osuna.

4. Esta sala dictó auto de fecha 10 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Servicios Inmobiliarios Trecam, S.L. contra la Sentencia dictada, con fecha de 4 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 594/2014, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 744/2011 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Banco de Sabadell, S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario. La administración concursal de la entidad Servicios Inmobiliarios Trecam S.L., solicitó se le tuviera por no opuesta al mencionado recurso.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Servicios Inmobiliarios Trecam, S.L. (en adelante, Trecam) era una sociedad cuyo capital social estaba participado en un 69,95% por la sociedad Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. (en adelante, Tremón) y en un 30,05% por la sociedad Tenedora de Inversiones y Participaciones, S.L. (en adelante, TIP)

El consejero delegado de Trecam era Romeo, que a su vez era administrador y máximo accionista de Tremón.

TIP estaba participada en un 100% por Caja de Ahorros del Mediterráneo (en adelante, CAM).

En un documento privado de 20 de febrero de 2007, en el que Romeo, como administrador de Tremón, y Sixto, como administrador de TIP, se contienen algunos acuerdos relacionados con el funcionamiento de Trecam.

Entre otras cuestiones, se prevé que para la adopción de determinados acuerdos de la junta general de socios (trasmisión de participaciones, supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital social, aumento o reducción de capital social, modificaciones estructurales, disolución y liquidación de la sociedad...), fuera necesaria una mayoría reforzada del 71%, lo que exigía contar con el visto bueno de TIP.

También se preveía que el órgano de gobierno fuera un Consejo de Administración, del que sería consejero delegado un representante de Tremón, quien tendría facultades de disposición y obligación hasta un límite



de 10.000.000 euros por operación. En lo que superara esta cifra sería necesario acuerdo del Consejo de Administración y el visto bueno del consejero designado por TIP

Trecam fue declarada en concurso de acreedores el 13 de mayo de 2011.

Banco Cam comunicó un crédito de 11.151.433,64 euros derivado de tres operaciones financieras: de un contrato de préstamo de 19 de febrero de 2007, 4.650.000 euros como crédito ordinario y 215.106,97 euros como crédito subordinado; de un contrato de préstamo hipotecario de 25 de febrero de 2008, 6.009.391,28 euros como crédito con privilegio especial del art- 90.1.1º LC; y de la liquidación de un swap bonificado concertado al amparo de un CMOF de 25 de febrero 2008, 276.935,39 euros con la clasificación de crédito ordinario.

La administración concursal, al elaborar la lista de acreedores, no reconoció el crédito derivado de la liquidación del swap, y clasificó el resto de los créditos como subordinados por tratarse la acreedora de una sociedad especialmente relacionada con el deudor concursado.

2. Al no ser atendida íntegramente su solicitud, Banco Cam interpuso el incidente concursal que dio inicio al presente procedimiento, en el que impugnó la lista de acreedores en relación con el reconocimiento del swap y la clasificación de sus créditos como subordinados. A su juicio, no se cumplían los presupuestos legales para subordinar sus créditos, pues la titular del crédito no se encontraba en ninguno de los casos en que, conforme al art. 93.2.3º LC, pudiera considerarse al acreedor persona especialmente relacionada con el deudor.

3. El juzgado mercantil desestimó la demanda y confirmó la desestimación del crédito por swap y clasificación del resto de los créditos de Banco Cam como subordinados. Entendió que la deudora concursada (Trecam) formaba parte del mismo grupo que Banco Cam. También que procedía levantar el velo de las sociedades participadas al 100% por CAM, afectadas por este caso, en concreto TIP, que es la sociedad que participaba en un 30,05% en el capital de la concursada.

4. Recurrída en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia estimó en parte el recurso. Desestimó el recurso en lo que respecta al no reconocimiento del crédito derivado del swap, porque la acreedora no había acreditado en el incidente la existencia y cuantía del crédito. Y estimó el recurso en lo relativo a la clasificación del resto de los créditos de Banco Cam como subordinados. La Audiencia entiende que Banco Cam no es socia de la concursada y niega la procedencia del levantamiento del velo de TIP a estos efectos. Tampoco entiende que Banco Cam forme parte del mismo grupo de la concursada, conforme al criterio legal y jurisprudencial de la situación de control, ya que Trecam no estaba sujeta a su control directo ni indirecto a través de TIP.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la concursada, Trecam. El recurso se articula en dos motivos.

#### **SEGUNDO.** *Motivo primero de casación*

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo denuncia la infracción del art. 93.2.3º LC, en su redacción original, aplicable al caso, en relación con el art. 4 LMV y del art. 42 CCom.

En el desarrollo del motivo argumenta que, de forma errónea, la sentencia recurrente considera que, a los efectos del art. 93.2.3º LC, el concepto de grupo supone la existencia de una sociedad dominante. Por tanto excluye los grupos horizontales, paritarios o por coordinación, como el grupo objeto de enjuiciamiento.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación, y que guardan relación con las que frente a un motivo de casación idéntico interpuesto contra una sentencia que resolvía un caso muy similar, expusimos en la sentencia 431/2018, de 10 de julio.

2. *Desestimación del motivo primero.* En atención a que el concurso de acreedores se declaró el 13 de mayo de 2011, para la clasificación de los créditos regía la normativa entonces en vigor. En concreto el art. 93.2 LC por lo que respecta a quiénes tienen la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, conforme a la modificación introducida por el RDL 3/2009, de 27 de marzo.

En lo que ahora interesa, en atención a lo que es objeto del recurso de casación, la inclusión de Banco Cam dentro del supuesto previsto en el art. 93.2.3º LC, la redacción de este precepto que resulta aplicable al caso era la siguiente:

"Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

[...]

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado".



3. 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). Sin perjuicio de que conforme a la jurisprudencia de esta sala este criterio de la situación de control ya resultaba de aplicación desde la promulgación de la Ley Concursal para apreciar la existencia de grupo a los efectos del art. 93.2.3º LC ( sentencias 134/2016, de 4 de marzo, y 431/2018, de 10 de julio).

De tal manera que conforme a este criterio también debía acreditarse en este caso que la acreedora (Banco Cam), al tiempo de surgir su crédito, pertenecía al mismo grupo de la concursada (Trecam).

Recordemos que Trecam estaba participada en un 69,05% por Tremón y en un 30,05% por TIP, que a su vez estaba participada en un 100% por Banco Cam. El hecho de que Banco CAM tuviera el 100% de las participaciones de TIP, sin necesidad de realizar ningún levantamiento del velo societario, permitiría concluir que a través de esta sociedad podía ejercer el control que justificaría su integración dentro del grupo CAM.

En el marco de lo que se cuestiona en este motivo de casación, que es la pertenencia de Banco Cam al mismo grupo que la concursada, el problema no es que quien ostentara la participación en el capital de la sociedad concursada no fuera CAM, sino su filial TIP. Lo verdaderamente relevante es si, a la vista de esta participación del 30,05% y del resto de circunstancias relevantes, existía una situación de control por parte de Banco CAM, a través de TIP.

Esta cuestión fue objeto de resolución en la reseñada sentencia 431/2018, de 10 de julio, en la que razonamos que no resultaba de aplicación ninguna de las presunciones del art. 42.1 CCom, que facilitan la apreciación de una situación de control directo e indirecto de Banco Cam sobre Trecam. Y, al margen de las presunciones, razonamos por qué no existía una verdadera situación de control:

"En este caso, la concursada era una sociedad del grupo Tremón, pues estaba bajo su control, en cuanto que tenía capacidad de designar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración y su consejero delegado.

"CAM, a través de su filial TIP, no tenía propiamente un control efectivo sobre la administración de la concursada. Lo que había convenido eran una serie de salvaguardas o cautelas, que consistían en requerir de su consentimiento para la adaptación de determinados acuerdos en la junta general y para realizar actos de disposición o contraer obligaciones por un importe superior a 10.000.000 euros por operación. Esta cautela, más que un control de la concursada, que correspondía a Tremón, constituían una prevención frente a actuaciones que pudieran perjudicar la inversión realizada. De tal forma que no justifican la inclusión de la sociedad concursada en el grupo de CAM, por lo que no se han infringido el art. 93.2.3º LC".

#### **TERCERO.** *Motivo segundo de casación*

1. *Formulación del motivo segundo.* El motivo denuncia "la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, en relación con la doctrina del levantamiento del velo que hubiera permitido concluir la vinculación de la entidad crediticia con el grupo Tremón y la aplicación del artículo 93.2.3º de la Ley Concursal en relación con el artículo 92.5".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo segundo.* Como ya razonamos en la sentencia 431/2018, de 10 de julio, en la que se resolvió un motivo segundo de casación idéntico al presente, a los efectos de que la acreedora pueda incluirse en el supuesto del art. 93.2.3º LC, esto es, que puedan considerarse acreedora y deudora concursada sociedades del mismo grupo, resulta irrelevante el levantamiento del velo de TIP.

En efecto, para poder apreciar si la concursada formaba parte del grupo CAM, porque esta tuviera un control directo o indirecto sobre aquella, resulta irrelevante dicho levantamiento del velo. Lo verdaderamente relevante era que CAM tuviera el control directo o indirecto de la concursada, y esto no dependía tanto de que tuviera el 100% de las participaciones de TIP, y por lo tanto que a través de ella pudiera ejercer el control, como de que la relación entre TIP y la concursada le otorgara un efectivo control directo o indirecto sobre esta última. Y como ya hemos razonado al resolver el motivo anterior, esto no ocurría en este caso. Dicho de otro modo, aunque se levantara el velo -que no procede- de TIP, seguiría sin apreciarse que la concursada formara parte del grupo de CAM.

#### **CUARTO.** *Costas*

Desestimado el recurso de casación, se imponen a la recurrente las costas de su recurso ( art. 398.2 LEC).



## FALLO

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

1.º- Desestimamos el recurso de casación formulado por Servicios Inmobiliarios Trecam, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 4 de mayo de 2015 (rollo 594/2014), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 31 de julio de 2012 (incidente concursal 744/2011).

2.º- Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ