



Roj: **STS 761/2021 - ECLI:ES:TS:2021:761**

Id Cendoj: **28079110012021100104**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2021**

Nº de Recurso: **3286/2018**

Nº de Resolución: **113/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Vigo, núm.3, 14-03-2017,**
SAP PO 193/2018,
STS 761/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 113/2021

Fecha de sentencia: 02/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3286/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 3286/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 113/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 2 de marzo de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 44/2018, de 1 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia del incidente concursal n.º 374/2016 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra (sede en Vigo), sobre impugnación de clasificación del crédito.

Es parte recurrente la mercantil Real Club Náutico de Vigo S.A., representada por la procuradora D.ª María Isabel Domínguez Quintas y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Vidal SamPedro.

Es parte recurrida la Administración concursal de la asociación deportiva Real Club Náutico de Vigo, representada por la procuradora D.ª Purificación Rodríguez González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Isabel Domínguez Quintas, en nombre y representación de Real Club Náutico de Vigo S.A., interpuso demanda de incidente concursal contra la asociación deportiva Real Club Náutico de Vigo y contra su Administración concursal, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que, estimando la demanda incidental, se modifique el Listado de Acreedores y el crédito de la entidad "Real Club Náutico Vigo, S.A." se reconozca como crédito ordinario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89.3 de la LC".

2.- La demanda fue presentada el 31 de enero de 2017 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra, fue registrada con el n.º 374/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Purificación Rodríguez González, en representación del Real Club Náutico de Vigo, presentó escrito allanándose íntegramente a la demanda incidental.

D. Justino, Administrador concursal del Real Club Náutico de Vigo, contestó a la demanda incidental, oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado/a-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra dictó sentencia 68/2017, de 14 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

"Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rodríguez González, actuando en nombre y representación de Real Club Náutico de Vigo, contra la administración concursal, con imposición de costas procesales a la demandante".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Real Club Náutico de Vigo, S.A. La representación de Administración Concursal Real Club Náutico de Vigo se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 840/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 44/2018, de 1 de febrero, cuyo fallo dispone:

"Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Real Club Náutico de Vigo, S.A., representado por la procuradora Sra. Domínguez Quintas, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo), debemos revocar y revocamos dicha, resolución en el único sentido, de dejar sin efecto el pronunciamiento de condena al pago de las costas.

"Cada parte deberá asumir el pago de las costas causadas por su intervención en ambas instancias".

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

1.- La procuradora D.ª María Isabel Domínguez Quintas, en representación de Real Club Náutico de Vigo S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del artículo 93.2 de la Ley Concursal puesta en relación con el artículo 92.5 de la Ley Concursal inexistencia de subordinación aplicable según los criterios de aplicación al caso de las personas jurídicas: interés casacional - artículo 477.2.3º de la LEC - al referirse a la aplicación de normas (artículo 93 de la LC) que, en su redacción actual, lleva menos de cinco años en vigor.



"Segundo.- Infracción de los artículos 93.2.1 y 93.1.4ª y 6ª de la Ley Concursal en relación, con la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal, el artículo 42 del Código de Comercio, y el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital: inexistencia de subordinación aplicable por no existir grupo de empresas: interés casacional - artículo 477.2.3º de la LEC -, al referirse a la aplicación de normas (artículo 93 LC) que llevan menos de cinco años en vigor.

"Tercero.- Infracción del artículo 92.5 de la Ley Concursal en relación con el artículo del Código Civil: inaplicación de la analogía "*in malam partem*": interés casacional - artículo 477,23º de la LEC - infracción de normas determinadas del ordenamiento jurídico al contravenir jurisprudencia del Tribunal Supremo".

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 16 de septiembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La Administración Concursal del Real Club Náutico de Vigo no presentó escrito de oposición.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de febrero de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) La entidad Real Club Náutico de Vigo fue constituida en el año 1906; tras la modificación estatutaria operada por la asamblea general extraordinaria de 20 de julio de 2012, se configuró como una asociación deportiva, consta inscrita en el Registro de Entidades Deportivas, y se halla sometida a la Ley 3/2012, de 2 de abril, del Deporte de Galicia.

ii) Dicha entidad fue declarada en concurso voluntario abreviado en virtud de auto dictado el 2 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede en Vigo), en el procedimiento concursal núm. 374/2016.

iii) La mercantil Real Club Náutico de Vigo, S.A., se constituyó el 5 de julio de 2007, como una sociedad instrumental de la concursada y orientada a proporcionarle liquidez, para lo cual, desembolsado el capital social mediante la suscripción de acciones por los socios del Club, la nueva sociedad compró los terrenos que el Club poseía en Nigrán por 3.000.000 € y, poco después, el 3 de junio de 2008, constituyó un derecho de usufructo sobre los mismos a favor del Club, por un plazo de 20 años, reservándose la nuda propiedad.

iv) En el momento de constitución de la sociedad, el 70% del capital estaba suscrito por socios del Club.

v) El art. 9.2 de los Estatutos del Real Club Náutico de Vigo, según la redacción dada por la Asamblea General Extraordinaria de 14 de diciembre de 2007 y vigente hasta la modificación operada el 12 de noviembre de 2014, establecía:

"Socios de número.

"Obligación de que todos los Socios nuevos desde el 21 de abril del 2007, tienen la obligación de adquirir una acción de la Sociedad Real Club Náutico de Vigo S.A.".

vi) En los Estatutos de la sociedad Real Club Náutico de Vigo, S.A., se recogen, entre otras, las siguientes normas:

Art. 7, apartado 2, "Transmisión voluntaria *inter vivos*":

"Las transmisiones voluntarias *inter vivos* se someterán a las siguientes normas: (...)

"b) La transmisibilidad de las acciones queda condicionada al previo consentimiento o autorización de la sociedad que se concederá o denegará a través de su órgano de administración. La autorización sólo podrá denegarse por alguna de las siguientes causas:

"- Ser el futuro adquirente ya accionista de la sociedad, bien de manera directa o bien de manera indirecta a través de su participación en otra entidad.

"- No ser el futuro adquirente socio del Real Club Náutico de Vigo".

**Art. 10, "Administradores":**

"Para ser nombrado Administrador se requiere la calidad de accionista, así como acreditación de ser miembro con cargo vigente de la Junta Directiva del Real Club Náutico de Vigo. El cargo de administrador no será retribuido".

vii) Una vez declarado el concurso del Real Club Náutico de Vigo, la Administración concursal procedió a elaborar el informe provisional previsto en los arts. 74 y ss. LC, incluyendo en la lista de acreedores un crédito a favor de la mercantil Real Club Náutico de Vigo, S.A., por importe de 1.706.213,88 €, con la calificación de crédito subordinado, de acuerdo con el art. 93.1.4º LC, al considerar que el acreedor era una persona jurídica especialmente relacionada con la concursada en la medida en que estaba controlada por los administradores de esta última.

2.- Real Club Náutico de Vigo, S.A. presentó una demanda incidental en la que impugnó la calificación del crédito como subordinado con base en dos argumentos: (i) la presunción del art. 93.1.4º LC solo opera para la determinación de la subordinación de las personas naturales declaradas en concurso, esto es, para aquellos casos en que el concursado sea una persona física y no jurídica, lo que aquí no sucede porque la asociación deportiva Real Club Náutico de Vigo es una persona jurídica; y (ii) al tratarse de una persona jurídica únicamente resultaría de aplicación el art. 93.2 LC, sin que la relación jurídica existente entre ambas entidades tenga encaje en ninguno de los tres supuestos legalmente previstos, ya que el Real Club Náutico de Vigo, S.A. no es socia, ni administradora, ni puede ser considerada como empresa del grupo de la concursada porque ni esta última tiene naturaleza mercantil, ni existe control de una sobre otra.

3.- La Administración concursal se opuso a la impugnación alegando que nos encontramos ante el supuesto previsto en el art. 93.2.1º *in fine* LC, pues los socios de la entidad concursada son personas naturales, por lo que es de aplicación la remisión al apartado 1º del art. 93 y, en particular a sus números 4º y 6º, ya que la mercantil Real Club Náutico de Vigo, S.A. está controlada por los administradores del Club, según se desprende del art. 10 de sus Estatutos, conforme al cual solo pueden ser administradores de la entidad mercantil los miembros de la Junta Directiva del Club, existiendo por lo tanto una unidad de decisión.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Tras traer a colación la sentencia de esta sala de 4 de marzo de 2016 sobre la noción de grupo, basó su decisión en el siguiente razonamiento:

"[...] no pueden salvarse, a juicio del tribunal, algunos elementos que ponen de manifiesto una dependencia del RNCV y la sociedad RCNV SA, así el artículo 10 de los estatutos de la sociedad anónima fija que solo los directivos del RCNV pueden ser administradores de la entidad mercantil. Cierto es que en la demanda presentada se alude a que la previsión estatutaria se puede modificar, pero tal manifestación es estéril aludiendo a futuro, debiendo atenernos a la realidad actual. Igual relevancia tiene el art. 7 2º b) de los Estatutos de la sociedad, capítulo de transmisión voluntaria *inter vivos* de acciones, se establece que su transmisión queda condicionada al previo consentimiento o autorización de la sociedad por medio de su órgano de administración, pudiéndose negar sólo por dos motivos, que el pretendido adquirente ya fuese accionista de manera directa o indirecta o que el futuro adquirente no fue socio del RCNV; de lo que se deduce que en su día los actuales socios de la demandante fueron socios de la concursada, y por eso han accedido a esa condición.

"Pero es que, además, [...] ya en la propia creación de la sociedad RCNV SA se observa la absoluta confusión, se crea como una sociedad instrumental con el objeto de rebajar la deuda hipotecaria, para lo cual el club vendió a la sociedad demandante los terrenos de Barcalleira, en Nigrán. Es muy ilustrativa la información periodística, documento nº 1 de la contestación efectuada por la administración concursal, en el que se expone literalmente "Con el traspaso de la propiedad de la finca A Barcalleira de Nigrán a la sociedad anónima creada por el Real Club Náutico de Vigo recientemente culmina...".

"Con los argumentos expuestos mal puede decirse que no exista un control y dependencia entre las sociedades".

5.- Apelada la sentencia de primera instancia, la Audiencia desestimó el recurso con base en las siguientes razones: (i) el Real Club Náutico de Vigo es una persona jurídica; (ii) por ello resulta aplicable el apartado 2º del art. 93 LC, que en su último inciso dispone que "Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior (...); (iii) ese apartado anterior es el núm. 1 del art. 93 LC que considera como personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural, entre otras, "las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio" (apartado 4º), y a "las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de



derecho" (apartado 6º); (iv) en cuanto a ese concepto legal de "control", la jurisprudencia incluye tanto el control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales), como el 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; (v) en el presente caso la prueba practicada ha revelado tres datos que ilustran la relación entre el Club (deudor concursado) y la mercantil Real Club Náutico de Vigo, S.A. (acreedor): (a) en la fecha de constitución de la sociedad Real Club Náutico de Vigo, S.A., el 70% de sus accionistas eran socios del Club, y aunque con posterioridad ese porcentaje se ha reducido, debe estarse a la fecha en que surge el crédito y no al momento de declaración del concurso; (b) el art. 10 de los Estatutos del Club impone la condición de ser miembro con cargo vigente de la Junta Directiva del Real Club Náutico de Vigo para poder ser administrador de la mercantil, lo que implica que todos los miembros del Consejo de Administración del Real Club Náutico de Vigo, S.A., ostentan cargo en la Junta Directiva del Club; y (c) el art. 7.2 de los mismos Estatutos faculta al órgano de administración a denegar la autorización para la transmisión *inter vivos* de las acciones por no ser el futuro adquirente socio del Real Club Náutico de Vigo.

A la vista de todo lo cual la Audiencia concluyó:

"las razones que justifican el tratamiento como persona especialmente relacionada con el deudor de la sociedad Real Club Náutico de Vigo, S.A., y que determinan la calificación de su crédito como subordinado, concurren plenamente en el presente caso.

"La posibilidad de que el acreedor, al ser una sociedad sometida al mismo control que la entidad deudora, pueda tener una información privilegiada sobre la situación del deudor, que haya podido tener alguna influencia en su actividad, o que la financiación otorgada por esa sociedad intente paliar la infracapitalización de la sociedad 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 un supuesto como el que es objeto del recurso, en el que las mismas personas físicas, o al menos parte de las personas físicas que controlan al Club controlan al mismo tiempo a la acreedora una persona física controlaba a la deudora y a la acreedora".

6.- Real Club Náutico de Vigo, S.A. ha interpuesto un recurso de casación, articulado en tres motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación de los motivos.*

1.- Planteamiento del primer motivo. El motivo primero denuncia la infracción del art. 93.2 LC, en relación con el art. 92.5 LC, por "inexistencia de subordinación aplicable según los criterios de aplicación al caso de las personas jurídicas". Se invoca como interés casacional el hecho de que el art. 93 de la LC, en su redacción actual, lleva menos de cinco años en vigor.

2.- En su desarrollo se alega que la Audiencia parte de dos premisas erróneas:

1.º) Considera a todos los socios del Club Náutico de Vigo personas especialmente relacionadas con la concursada a tenor del art. 93.2.1º LC sin entrar a valorar los requisitos que exige ese precepto, requisitos que no concurren, pues sus asociados no responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales, ni tampoco ostentan porcentaje de capital alguno de la concursada, puesto que ésta es una asociación deportiva y no una sociedad mercantil,

En consecuencia, los socios personas físicas de la concursada no pueden considerarse personas especialmente relacionadas con ella y, por consiguiente, tampoco podrá aplicarse la subordinación por extensión a la mercantil Real Club Náutico de Vigo S.A., ya que falta el presupuesto básico para dicha derivación: que la persona jurídica controlada lo sea por los socios personas naturales especialmente relacionados con la concursada.

2.º) La Audiencia efectúa una aplicación por remisión al art. 93.1 LC, cuando, por tratarse la concursada de una persona jurídica, el precepto que le resultaría de aplicación sería el art. 93.2 LC. La conclusión a la que llega la Audiencia al efectuar la remisión es la misma a la que podría llegar, en su caso, si aplicase el art. 93.2.3º LC, en el que se establece que "se consideran personas especialmente relacionadas con la concursada persona jurídica: [...] 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número primero del apartado anterior".

Pero la omisión de dicho precepto en su sentencia evidencia una admisión tácita por parte de la Audiencia de la inexistencia de grupo de sociedades entre la concursada y la acreedora.



3.- Planteamiento del motivo segundo. El motivo segundo invoca la infracción de los arts. 93.2.1 y 93.1.4ª y 6ª LC, en relación con la disposición adicional sexta LC, y los arts. 42 Ccom y 18 LSC, por "inexistencia de subordinación aplicable por no existir grupo de empresas". También en este caso se alega como justificación del interés casacional el hecho de que el art. 93 LC, en su redacción actual, tiene menos de cinco años de vigencia.

4.- En su desarrollo se aduce lo siguiente: (i) el art. 93.1 LC exige, para poder hablar de persona jurídica especialmente relacionada con la concursada, que esta última o las personas citadas en los apartados anteriores, ejerzan un control efectivo sobre dicha persona jurídica en los términos previstos en el art. 42.1 Ccom; (ii) esto no sucede en el caso por no concurrir los requisitos exigidos en dicho precepto: (a) la concursada no tiene la mayoría de votos directa o indirectamente en la sociedad anónima (de hecho no es titular de ninguna acción); (b) los asociados de la concursada son distintos de los socios de la mercantil Real Club Náutico Vigo S.A; la mayoría de los derechos de voto del Real Club Náutico Vigo S.A., cuyo capital está dividido en 3.600 acciones, no corresponden a los asociados de la concursada (un total de 2.033 socios de dicha sociedad de capital no son socios del Real Club Náutico Vigo); (c) el hecho de que los Estatutos de la Sociedad Anónima establezcan que será el órgano de administración el que resulte de la Junta Directiva, no es óbice para que la mayoría de socios de la mercantil pueda modificarlos en junta y establecer otra redacción y, por ende, un órgano de administración distinto. En consecuencia, la mercantil acreedora no puede ser considerada como entidad especialmente relacionada con la concursada, al no estar controlada por ésta ni por los socios de la misma, por lo que el crédito controvertido debe calificarse como ordinario al no tener encaje en ninguno de los supuestos (*numerus clausus*) previstos en el art. 92.5 LC.

5.- Planteamiento del motivo tercero. El tercer motivo denuncia la infracción del art. 92.5º LC, en relación con el art. 4 CC, por "inaplicación de la analogía *in malam partem*", y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 290/2015, de 2 de junio, y 246/2016, de 13 de abril.

6.- En su desarrollo se alega, en síntesis, que no puede considerarse a la mercantil acreedora como persona especialmente relacionada con la concursada, por no existir un control real de una sobre la otra, en los términos del art. 42.1 Ccom, por lo que tampoco puede calificarse su crédito como subordinado, al no tener encaje en los supuestos tasados del art. 92 LC. La calificación como subordinado del crédito, supone la realización de una interpretación extensiva del art. 92.5 LC que contraviene lo dispuesto en el art. 4 CC, al efectuar una analogía *in malam partem*, pese a estar prohibida en sede concursal, y el principio *par conditio creditorum*, conforme al cual el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y sus excepciones han de ser muy contadas y justificadas. Según reiterada jurisprudencia la relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor hecha por el art. 93 LC, ya se trate de deudor persona natural o de persona jurídica, constituye una enumeración taxativa y cerrada.

7.- Resolución conjunta. Dada la estrecha relación jurídica y lógica existente entre los tres motivos, en los que subyace una misma cuestión jurídica, procede su resolución conjunta.

El recurso debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

TERCERO. - *Decisión de la sala (i).* La calificación concursal del crédito como subordinado por la existencia de una vinculación especial entre la persona jurídica concursada y la sociedad titular del crédito. Régimen jurídico aplicable.

1.- El presente recurso versa sobre la calificación concursal del crédito que ostenta la recurrente contra la entidad concursada. El administrador concursal calificó como subordinado el crédito, al amparo del art. 92.5º LC, por aplicación de la presunción contenida en el art. 93.1.4º LC, por considerar que la acreedora estaba controlada por los administradores de la entidad concursada. La sentencia de primera instancia admitió la imposibilidad de la aplicación del apartado 1 del art. 93 LC al ser la concursada persona jurídica, por lo que resultaba aplicable el apartado 2 de ese precepto, referido a los casos de concursados persona jurídica, pero mantuvo la calificación del crédito como subordinado al entender que resultaba de aplicación al caso la jurisprudencia sobre la existencia de una relación de dependencia y control entre la sociedad concursada y la acreedora.

Este criterio fue confirmado por la Audiencia por la vía de la aplicación de los números 4º y 6º del apartado primero del art. 93.1 LC (apartado primero relativo a los supuestos de "personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural") en virtud de la remisión que a los supuestos de ese apartado primero se contiene en el apartado segundo del art. 93.2 número 1º *in fine*.

2.- Dado que el concurso de acreedores se declaró el 2 de noviembre de 2016, para la clasificación de los créditos regía la normativa entonces en vigor y, en concreto, respecto de quiénes tienen la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, resultaba de aplicación el art. 93.2 LC.

En lo que ahora interesa, la redacción entonces vigente de ese precepto era la siguiente:

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

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

"2.º [...]

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

3.- La Audiencia Provincial confirmó la calificación del crédito controvertido como subordinado conforme al art. 92.5 LC al estimar que su titular (la entidad mercantil "Real Club Náutico de Vigo, S.A.") es persona especialmente relacionada con la deudora concursada (la asociación deportiva "Real Club Náutico de Vigo"), condición que deriva de lo establecido en el art. 93.2.1º *in fine* LC y, por remisión de éste, en los apartados 4º y 6º del art. 93.1 LC.

Establece este precepto, en la redacción vigente a la fecha de la declaración del concurso, en lo que ahora importa, lo siguiente:

"1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: [...]

"4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe control cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

"[...]

"6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho".

En cuanto al concepto legal de "control" que refleja este precepto, invoca la Audiencia la jurisprudencia de esta sala que incluye tanto el control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales), como el 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. Control que, por las particulares circunstancias del caso, reseñadas en los antecedentes de hecho de la presente, estima concurrente en el supuesto de la litis.

4.- Opone a ello la recurrente la falta de concurrencia de los requisitos que impone la norma para extender a los socios de la persona jurídica concursada la condición de "persona especialmente relacionada" con ésta, presupuesto necesario para extender esa cualidad de "especialmente relacionada" a las personas físicas o jurídicas especialmente relacionadas con el socio persona natural a que se refiere el apartado primero del art. 93 LC.

Esos requisitos impuestos por el art. 93.2.1º LC se refieren a dos tipos de supuestos distintos. En primer lugar, que los socios sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales. Pero en el caso de la litis los socios de la entidad concursada, asociación deportiva sujeta a la Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia, no son responsables de las deudas del club, y menos de forma personal e ilimitada. El segundo supuesto de hecho al que se refiere el art. 93.2.1º LC es aquél en el que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, los socios de la concursada persona jurídica sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso es cotizada, o un 10 % si no lo fuera, requisito que tampoco concurre en este caso pues ninguno de los asociados de la concursada es titular de ningún porcentaje del capital.

La consecuencia de lo anterior es que los socios personas físicas de la concursada no pueden considerarse personas especialmente relacionadas con ella y, por consiguiente, tampoco podrá aplicarse la cualidad de "persona especialmente relacionada" por extensión a la mercantil Real Club Náutico de Vigo S.A., ya que falta el presupuesto previo para dicha extensión, esto es, que la persona jurídica controlada lo sea por los socios personas naturales especialmente relacionados con la concursada.



5.- Aunque al razonar de este modo damos la razón a la recurrente en cuanto a la argumentación que desarrolla en su motivo primero, sin embargo, no podemos estimarlo por falta de efecto útil, dado que carece de virtualidad para alterar el fallo de la Audiencia, pues, como señala acertadamente la misma recurrente, la conclusión a la que llega el tribunal de apelación es la misma a la que podría llegar, como hizo el tribunal de primera instancia, aplicando el art. 93.2.3º LC, que establece:

"se consideran personas especialmente relacionadas con la concursada persona jurídica: [...] 3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número primero del apartado anterior".

CUARTO.- *Decisión de la sala (ii). El grupo de sociedades a efectos del concurso. Subordinación de créditos en una situación en que la persona jurídica concursada ejerce control sobre la sociedad acreedora. Doctrina jurisprudencial. Aplicación al caso. Desestimación.*

1.- Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la noción de grupo de sociedades, a efectos del concurso, en las sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, 134/2016, de 4 de marzo, y 190/2017, de 15 de marzo.

En estas sentencias afirmamos que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo la actual disposición adicional sexta de la Ley Concursal, según la 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, la noción de grupo viene marcada en toda la Ley Concursal, no por la existencia de una "unidad de decisión", sino por la situación de control, tal y como prevé el art. 42.1 del Código de Comercio, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio, cuyo párrafo segundo afirma que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras".

Para facilitar la labor de detección de estos supuestos, pero sin ánimo exhaustivo, el precepto afirma:

"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 de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado".

2.- 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). Abarca también 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.

3.- La cuestión más problemática que se plantea en este recurso, en el que se debate la eventual subordinación del crédito de la sociedad dominada en el concurso de la persona jurídica dominante, radica en que de quien se afirma que ejerce el control sobre la sociedad acreedora no es una sociedad mercantil sino una asociación deportiva. Pero antes de abordar tal cuestión debemos dirimir previamente la premisa previa relativa a la existencia efectiva o no de tal relación de control.

4.- Como se ha expuesto en los antecedentes del caso, los elementos en que se apoya la Audiencia a los efectos de apreciar esa relación de control, son básicamente tres: (i) en la fecha de constitución de la sociedad Real Club Náutico de Vigo, S.A., el 70% de sus accionistas eran socios del Club; (ii) el art. 10 de los Estatutos de



la sociedad impone la condición de ser miembro con cargo vigente de la Junta Directiva del Real Club Náutico de Vigo para poder ser administrador de la mercantil, lo que implica que todos los miembros del Consejo de Administración del Real Club Náutico de Vigo, S.A., ostentan cargo en la Junta Directiva del Club; y (iii) el art. 7.2 de los mismos Estatutos faculta al órgano de administración a denegar la autorización para la transmisión *inter vivos* de las acciones por no ser el futuro adquirente socio del Real Club Náutico de Vigo.

De estos tres elementos resulta particularmente relevante a los efectos de este enjuiciamiento el segundo. La recurrente opone el argumento de que el hecho de que los estatutos de la sociedad anónima establezcan que será el órgano de administración el que resulte de la junta directiva del club náutico, no es óbice para que la mayoría de los socios de la mercantil, que son ajenos a éste, pueda modificarlos en junta y establecer otra redacción y, por ende, un órgano de administración distinto. Añade que la concursada no dispone de ningún voto para nombrar al órgano de administración de la sociedad de capital Real Club Náutico de Vigo S.A.

5.- Sin embargo, este razonamiento obvia la jurisprudencia de esta sala sobre el momento a tener en cuenta para la subordinación de un crédito. En la sentencia 134/2016, de 4 de marzo (cuya doctrina reiteraron las sentencias 392/2017, de 21 de junio; 239/2018, de 24 de abril; y 662/2018, de 22 de noviembre) declaramos:

"El art. 93 LC, que determina en qué supuestos alguien tiene la condición de persona especialmente relacionada con su deudor, es auxiliar de otros dos que acuden a esta condición con finalidades distintas. Por una parte, del art. 92.5 LC para determinar que los créditos de estas personas especialmente relacionada con el deudor, con las salvedades introducidas por la Ley 38/2011, serán subordinados. Y por otra, del art. 71.3.1º LC, para someter a la presunción *iuris tantum* de perjuicio los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado dos años antes de la declaración de concurso, cuando se ejercite la acción rescisoria concursal.

"En ambos casos, salvo que esté expresamente fijada por la Ley, la concurrencia de las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor [...] tiene más sentido que venga referenciada al momento en que surge el acto jurídico cuya relevancia concursal se trata de precisar (la subordinación del crédito o la rescisión del acto de disposición), que al posterior de la declaración con concurso. [...] Lo que desvaloriza el crédito debe darse al tiempo de su nacimiento. Todavía más claro se aprecia en el caso de la presunción *iuris tantum* de perjuicio, a los efectos de la acción rescisoria concursal, pues la sospecha de que aquel acto encierra un perjuicio para la masa activa deriva de la vinculación entre las sociedades en el momento que se realizó el acto de disposición, no después, pues en este caso también el desvalor de la acción debe concurrir entonces".

6.- En el presente caso la referencia a la posibilidad de modificar en un momento futuro la redacción de los estatutos sociales de la sociedad acreedora para erradicar la limitación para la designación de los miembros de su órgano de administración impone el art. 10 de esos estatutos, deviene inane a los efectos de enervar la apreciación de la situación de control a favor de la concursada que resulta de esa reglamentación estatutaria, pues no ha sido controvertido el hecho de que bajo la vigencia de esa reglamentación nació el crédito controvertido (redacción que, además, se ha mantenido vigente incluso con posterioridad a la declaración del concurso).

En consecuencia, cuando nació el crédito cuya calificación concursal se discute, para ser administrador de la mercantil acreedora era condición necesaria ser miembro con cargo vigente de la Junta Directiva del Real Club Náutico de Vigo. Como acertadamente apreció la Audiencia, este hecho implica que todos los miembros del Consejo de Administración del Real Club Náutico de Vigo, S.A., deben ostentar cargo en la Junta Directiva del Club. Por tanto, no es solo que ambas entidades compartan unos mismos administradores, sino que la elección de los de la mercantil por parte de sus socios sólo puede realizarse a favor de quienes ostenten la condición de miembros de aquella junta directiva. Lo que pone de manifiesto una inequívoca situación de dominación de la concursada sobre la sociedad acreedora, que entra dentro del concepto de "control" del art. 42 Ccom, a efectos concursales, que aquí se examina.

7.- Este criterio concuerda con el que asumimos en la sentencia 190/2017, de 15 de marzo. En aquel caso también apreciamos la existencia de una situación de control sobre la deudora y la acreedora (ambas sociedades unipersonales) por la persona física que se encontraba en la cúspide del grupo, aunque ese control se ejercía de forma indirecta a través de otras sociedades, que eran las socias únicas de las sociedades deudora y acreedora y que, a su vez, estaban participadas mayoritariamente por esa persona física, que disponía de la mayoría de los derechos de voto de las socias únicas de las sociedades involucradas en el concurso (una como deudora y otra como acreedora).

8.- Como razonamos entonces, si existe control mediante mecanismos societarios (en el caso de la sentencia 190/2017, de 15 de marzo, a través de la titularidad mayoritaria del capital social de las sociedades que eran socias únicas de las sociedades deudora y acreedora, y en éste a través de la previsión del art. 10 de los



estatutos sociales) 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, por el hecho de que ese control sea ejercido por una persona física o jurídica que no es una sociedad mercantil. Sigue siendo control societario, plasmado bien en la disponibilidad de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, bien en el control de la designación de los miembros del órgano de administración, situaciones previstas en el art. 42.1 del Código de Comercio como unas de las que hacen presumir la existencia de control.

En el presente caso la entidad concursada es un club deportivo sujeto a la Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia. El art. 45.1 de esta Ley define esas entidades como "las asociaciones privadas con personalidad jurídica y capacidad de obrar, sin ánimo de lucro, integradas por personas físicas o jurídicas, que tengan como objeto exclusivo o principal la práctica de una o varias modalidades o especialidades deportivas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones oficiales". Y en cuanto a su régimen jurídico, el art. 46.4 de la misma ley establece que "los clubes deportivos se regirán, en lo que se refiere a su constitución, organización y funcionamiento, por la presente ley, por las disposiciones que la desarrollen, y por sus estatutos y reglamentos".

9.- Al resolver la controversia sobre si al ser una persona física la que ejerce tal control sobre varias sociedades, en concreto la concursada y su acreedora, puede considerarse que estas se encuentran integradas en un grupo de sociedades a efectos del concurso y, por tanto, la sociedad acreedora tiene la condición legal de persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, o si al no ejercitarse el control por una sociedad mercantil sino por una persona física, no existe grupo de sociedades a efectos del concurso y, por tanto, la sociedad acreedora no es una persona especialmente relacionada con la deudora y su crédito no debe subordinarse, en la reiterada sentencia 190/2017, de 15 de marzo, nos referimos también al caso en que el control sea ejercido no por una persona física, sino por una persona jurídica que carezca de la condición de sociedad mercantil.

Declaramos en aquella sentencia:

"7.- Este tribunal considera que 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.

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. [...]

"10.- 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.

"La segunda parte del precepto es la relevante a efectos de la remisión contenida en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, no la primera, que solo tiene una finalidad contable irrelevante para el concurso.

"11.- 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.

"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 persona física o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación. [...]

"13.- El propio art. 42, 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".

10.- De modo similar a lo que afirmamos en la citada sentencia 190/2017, de 15 de marzo, también ahora la sala aprecia que las razones que justifican el tratamiento como persona especialmente relacionada con el deudor de la sociedad perteneciente al mismo grupo, y que determinan la calificación de su crédito como subordinado, concurren plenamente en el presente caso.

Como advertimos en aquél precedente y en otros (v.gr. sentencia 437/2018, de 11 de julio), se aprecian también en este caso algunas de las principales razones que justifican la subordinación de los créditos: "la posibilidad de que el acreedor, 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, o que la financiación otorgada por esa sociedad del grupo intente paliar la infracapitalización de la sociedad deudora (...)", a la vista del hecho de que la persona jurídica concursada, en el momento del nacimiento del crédito, controlaba a la acreedora, hasta el punto de que el órgano de administración de ésta solo podía estar integrado por miembros de la junta directiva de aquella.

A este dato fundamental se añaden, además, como elementos adicionales de vinculación entre ambas entidades otros dos: (i) la transmisión de las acciones de los socios de la sociedad acreedora está sometida a una autorización de la sociedad que puede ser denegada en caso de que el adquirente no sea, a su vez, socio del Real Club Náutico de Vigo, y (ii) la constitución de la sociedad acreedora en 2007, según resulta de los hechos declarados probados por la Audiencia, tuvo lugar con el carácter de "sociedad instrumental de la concursada", con una denominación idéntica (a la que se agrega la abreviatura S.A. cfr. art. 6.2 LSC), orientada a proporcionarle liquidez, para lo cual, desembolsado el capital social mediante la suscripción de acciones por los socios del Club, la nueva sociedad compró los terrenos que el Club poseía en Nigrán por unos 3.000.000 € y, poco después, el 3 de junio de 2008, constituyó un derecho de usufructo sobre los mismos a favor del Club, por un plazo de 20 años, reservándose la nuda propiedad.

Con ello no se hace una aplicación analógica de los arts. 92.5 y 93.2 LC, sino una interpretación literal, sistemática y teleológica de estos preceptos (sentencias 290/2015, de 2 de junio, y 134/2016, de 4 de marzo).

11.- De acuerdo con todo lo anterior, cabe concluir que la acreedora Real Club Náutico de Vigo, S.A. tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada. Por ello, su crédito frente a la concursada debe ser calificado como crédito subordinado.

Lo expuesto determina que el recurso de casación debe ser desestimado y la sentencia de la Audiencia Provincial confirmada.

QUINTO.- 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, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, 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 Real Club Náutico de Vigo contra la sentencia n.º 44/2018, de 1 de febrero, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 840/2017.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ