



Roj: **SAP M 5109/2021 - ECLI:ES:APM:2021:5109**

Id Cendoj: **28079370282021100247**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **11/06/2021**

Nº de Recurso: **856/2019**

Nº de Resolución: **238/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0086131

Materia: Impugnación lista de acreedores. Impugnación de la sentencia. Crédito subordinado por pertenencia del acreedor al grupo de la concursada.

ROLLO DE APELACIÓN: 856/2019

Procedimiento de origen: Incidente concursal núm. 447/2014

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid

Apelante: NATWEST MARKETS PLC

Procurador M^a José Bueno Ramírez

Letrado Andrés Mochales Blasco y Ricardo Orive López-Altuna

Apelado/Impugnante: MARME INVERSIONES, 2007, SLU

Procurador Ramón Rodríguez Nogueira

Letrado Adrián Thery Martí, Juan María Jiménez Moreno

Apelado: LEXAUDIT CONCURSAL S.L.P., ADMINISTRACION CONCURSAL DE MARME INVERSIONES 2007, S.L.U.

Letrado Rafael Gimeno-Bayón Cobos

Apelado: D. Torcuato y D. Victoriano

Procurador Victorio Venturini Medina

Letrado Francisco Javier Rodríguez Santos

Apelado: EDGEWORTH CAPITAL LUXEMBOURG, S.A.R.L.

Procurador Gloria Teresa Robledo

Letrado Carlos Ara Triadu

Interesados: GSO CREDIT-A (LUXEMBOURG) PARTINERS, S.A.R.L., GSO LUXEMBOURG OFFSHORE FUNDING II S.A.R.L, GSO LUXEMBOURG ONSHORD FUNDING II, GSO PALMETTO OPPORTUNISTIC INVESTMENT



(LUXEMBOURG) PARTNERS S.A.R.L., STEAMBOAT CREDIT OPPORTUNITIES (LUXEMBOURG) S.A.R.L., GSO COASTLINE CREDIT (LUXEMBOURG) PARTNERS, S.A.R.L., CCP CRDDIT ACQUISITION HOLDING LLUXCO S.A.R.L., CSCP II ACQUISITION LUXCO S.A.R.L., GL EUROPE LUXEMBOURG S.A.R.L. Y MONARCH MASTER FUNDING 2 (LUXEMBOURG) S.A.R.L.,

Procurador Ana Llorens Pardo

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

SENTENCIA NÚM. 238 /2021

En Madrid, a once de junio de dos mil veintiuno

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. Ángel Galgo Peco, D. Alberto Arribas Hernández y D. José Manuel de Vicente Bobadilla, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 856/2019 los autos del incidente concursal nº 447/2014 provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, el cual fue promovido por BAYERISCHE LANDESBANCK y HSH NORDBANK AG; CAIXABANK, S.A.; e ING BANK N.V.; al que se acumuló el incidente concursal núm. 451/14 seguido a instancia de THE ROYAL BANK OF SCOTLAND LIMITED contra MARME INVERSIONES 2007, S.L.U. y la Administración Concursal, siendo objeto del mismo acciones en materia concursal.

Han sido partes en el recurso como apelante, NATWEST MARKETS PLC y como apelados MARME INVERSIONES, 2007, SLU y su Administración Concursal; D. Torcuato y D. Victoriano ; y EDGEWORTH CAPITAL LUXEMBOURG, S.A.R.L., todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento. La representación de MARME INVERSIONES, 2007, SLU también impugnó la sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de BAYERISCHE LANDESBANCK y HSH NORDBANK AG; CAIXABANK, S.A.; e ING BANK N.V. contra MARME INVERSIONES 2007, S.L.U. y la Administración Concursal, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

A) *"Declare que los créditos derivados de cada uno de los Contratos de Cobertura deben ser satisfechos con cargo a la masa, en el importe resultante en cada una de las liquidaciones que han tendí y que tengan lugar tras la declaración de concurso.*

B) *Declare que los créditos contingentes derivados de los Contratos de Cobertura incluidos en el listado de acreedores a favor de los Proveedores de la Cobertura deben ser eliminados.*

C) *Condene a las partes a estar y pasar por dichas declaraciones.*

D) *Condene en costas a quien se opusiere a estas pretensiones demostrando su temeridad"*

SEGUNDO.- Asimismo, se iniciaron actuaciones procesales mediante demanda presentada por THE ROYAL BANK OF SCOTLAND LIMITED contra los mismos demandados, posteriormente acumuladas al presente incidente. En esta demanda, el suplico era el siguiente:

1.- *"Declare la improcedencia de calificar como subordinado el crédito que THE ROYAL BANK OF SCOTLAND, PLC, ostenta contra la concursada MARME INVERSIONES 2007, SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL por importe de 361.773.026,39 dimanante del Contrato de Préstamo Senior concedido por el banco y otros a la hoy concursada el 12 de septiembre de 2008 con garantías hipotecaria y pignoratias, ordenando a la Administración Concursal que introduzca en la Lista de Acreedores- y en el informe principal para evitar discordancias- las correspondientes modificaciones, incluyendo este crédito de mi mandante como privilegiado especial.*

2.- *Declare la improcedencia de calificar como concursales, contingentes y subordinados los créditos devengados con posterioridad a la fecha a la fecha de declaración del concurso que THE ROYAL BANK OF SCOTLAND, PLC llegue a ostentar contra la concursada, MARME INVERSIONES 2007, SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL, dimanantes del Contrato de Cobertura de Tipos de interés formalizado entre las partes con fecha 23 de septiembre de 2008, ordenando a la Administración Concursal que introduzca en la Lista de Acreedores-*



y en el Informe principal para evitar discordancias- las correspondientes modificaciones, haciendo referencia a que los mismos en el momento en que se devenguen tendrán la consideración de créditos contra la masa.

3.- Subsidiariamente respecto al anterior pedimento, en caso de mantener la inclusión en la Lista de Acreedores, como créditos concursales, de las créditos dimanantes del Contrato de Cobertura de tipos de Interés formalizado entre las partes con fecha de 23 de septiembre de 2008, declare la improcedencia de calificarlos como contingentes y subordinados, debiendo en su lugar ser calificados para el momento de su nacimiento como créditos privilegiados especiales, al estar asegurados con garantías reales, y ordenando a la Administración Concursal el reflejo en dicha Lista de esta última calificación.

4.- Condene en costas a aquellos que se opusiesen a las pretensiones ejercitadas en esta demanda".

TERCERO: La parte demandada presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones formuladas de contrario.

CUARTO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia, con fecha 28 de junio de 2019 cuyo fallo era el siguiente:

"Que desestimando las demandas acumuladas de impugnación de la lista de acreedores presentadas por BAYERISCHE LANDESBANCK y HSH NORDBANK AG, representadas por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez; CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador Sr. Montero Reiter; e ING BANK N.V. representada por el Procurador Sr. Orquín Cedenilla, y por THE ROYAL BANK OF SCOTLAND LIMITED, representado por la Procuradora Sra. Bueno Ramírez, contra la concursada MARME INVERSIONES 2007, S.L.U., representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira, y contra la administración concursal; y desestimando la demanda reconventional formulada por la entidad MARME INVERSIONES 2007, S.L.U., contra las demandantes principales, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones que contra ellos se ejercitaban.

Las costas de este incidente se imponen a las partes que han visto desestimadas sus pretensiones".

QUINTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de NATWEST MARKETS PLC se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte. La representación de MARME INVERSIONES, 2007, SLU también impugnó la sentencia, a la que se opuso el apelante.

SEXTO.- Recibidos los autos en fecha 19 de diciembre de 2019 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como las partes apeladas e impugnantes.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 10 de junio de 2021.

SÉPTIMO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel de Vicente Bobadilla, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: PLANTEAMIENTO DEL RECURSO.-

1.- La sentencia de la anterior instancia contiene la siguiente relación de hechos relevantes:

"a) Las sociedades RAMBLAS INVESTMENTS B.V. (en adelante RAMBLAS), DELMA PROJECTONTWIKELING, B.V. (en adelante DELMA) y la concursada MARME forman un grupo de sociedades constituido con un propósito concreto: la ejecución de una operación de "sale and lease-back" consistente en la adquisición financiada de la "Ciudad Financiera de Banco Santander", para su arrendamiento a una compañía perteneciente al Grupo Banco Santander.

b) Para la ejecución de dicha operación se recibió financiación por parte de los promotores del proyecto y de entidades bancarias. RBS concedió un Préstamo Junior a RAMBLAS y un conjunto de entidades financieras concedió un Préstamo Senior.

c) El 12 de septiembre de 2008 MARME suscribió con las entidades BAYERISCHE, HSH, RBS, ING y CAIXABANK, cinco contratos marco de operaciones financieras, según el modelo elaborado por la "International Swap Dealers Association, inc." (ISDA). El mismo día se firmó un contrato swap al amparo del contrato marco suscrito con cada una de estas entidades.

d) *Entre las garantías suscritas para el cumplimiento del contrato suscrito con RAMBLAS, los Sres. Torcuato y Victoriano constituyeron una prenda sobre las participaciones representativas del 100% del capital social de RAMBLAS, estableciéndose como condición suspensiva que en caso de incumplimiento RBS debía remitir a los Sres. Torcuato y Victoriano una notificación haciendo valer su derecho a ejercitar los derechos políticos cedidos. RBS realizó la notificación el 6 de enero de 2011".*

2.- En el informe provisional del concurso de MARME INVERSIONES, 2007, SLU (en adelante MARME) los créditos de las entidades BAYERISCHE LANDESBANCK y HSH NORDBANK AG; CAIXABANK, S.A.; ING BANK N.V., derivados del contrato de swap suscrito por cada una de ellas, fueron calificados de contingentes con privilegio especial. En cambio, los créditos de RBS, tanto los derivados el swap, como el procedente del préstamo Senior por importe de 361.773.026,39 €, fueron calificados de subordinados.

3.- En el presente incidente acumulado, las entidades BAYERISCHE LANDESBANCK y HSH NORDBANK AG; CAIXABANK, S.A.; ING BANK N.V. y también RBS pretendían que los créditos derivados de swaps fueran calificados contra la masa. La sentencia de la anterior instancia desestimó esta pretensión. Al respecto, la juez "a quo" entendió que no resultaba de aplicación el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, porque únicamente se había suscrito un único contrato de swap al amparo del contrato marco existente entre las partes. Así resulta de la jurisprudencia recogida en las sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 24 de mayo de 2018 (ROJ STS1897/2018) y 20 de junio de 2018 (ROJ STS 2384/2018), 629/2015, de 17 de noviembre, y 630/2015, de 18 de noviembre.

4.- En relación a los créditos de RBS, la AC calificó todos ellos como subordinados de conformidad con lo dispuesto en el art. 92.5º en relación con el artículo 92.2.3º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), aplicable por razones temporales; la Disposición Adicional 6ª de la Ley Concursal, y el art. 42 del Código de Comercio.

5.- La juez "a quo" consideró que el crédito de RBS no podía considerarse subordinado por la condición de administrador de hecho de MARME. La juzgadora explicó a tales efectos que el informe del AC se refiere a esta circunstancia, pero no para subordinar el crédito de RBS, pues tal subordinación únicamente se fundamentó en la idea de grupo societario, tal y como ratificó la propia AC en su escrito de contestación a la demanda.

6.- La sentencia mantuvo la subordinación de los créditos de RBS en consideración a su integración en el mismo grupo societario de MARME, con los siguientes razonamientos:

a) Conforme a la doctrina contenida en la STS 31 de octubre de 2018 (ROJ STS 3680/2018), para que pudiera declararse que RBS pertenece al mismo grupo empresarial que la concursada MARME, debería acreditarse que, al tiempo de surgir el crédito reconocido en el concurso, tenía de forma directa o indirecta un poder de control sobre MARME. En el mismo sentido, de conformidad a lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia número 662/2018, de fecha 22 de noviembre (ROJ STS 3958/2018), el momento adecuado para apreciar las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor es el de generación del crédito objeto de calificación.

b) El Préstamo Senior, el Préstamo Junior y la constitución de la prenda en garantía del cumplimiento de este último, fueron contratos suscritos el mismo día 12 de septiembre de 2008. Ese control deriva en este caso de la cláusula de garantía contenida en el contrato de préstamo "Junior", que permitía a RBS el ejercicio de los derechos políticos de RAMBLAS, con el consiguiente control de DELMA y MARME, al ser RAMBLAS titular del 100% de los derechos políticos de DELMA y ésta titular del 100% de los derechos políticos de la concursada MARME. Esa prenda atribuía a RBS el poder de control, teniendo en cuenta que puede ser actual o potencial

c) Aunque RBS cedió su posición de prestamista en el préstamo Junior a las entidades AABAR y EDGEWORTH en el año 2010, lo hizo reteniendo su condición de titular del derecho de prenda y no está acreditado que ejerciera los derechos de voto derivados de la mencionada garantía como mero representante de los titulares del crédito.

d) RBS efectuó la notificación haciendo valer su derecho a ejercitar los derechos políticos cedidos el 6 de enero de 2011.

e) En ejercicio de los derechos políticos indicados, el 18 de abril de 2013, RBS nombró a los Sres. Torcuato y Victoriano como administradores de RAMBLAS, y el 27 de abril de 2014 convocó junta de accionistas para tratar su cese y el nombramiento de nuevos administradores.

f) Frente a RAMBLAS, quien actuaba como titular de los derechos derivados de las participaciones sociales era RBS, y los acuerdos o pactos que pudiera haber suscrito con terceras personas en relación al ejercicio de dichos derechos, no pueden afectar a la hora de resolver la calificación jurídica de su crédito.



g) Ninguna limitación temporal se contempla en el art. 93.2.3 de la Ley Concursal que permita considerar como créditos subordinados únicamente los nacidos en los dos años anteriores a la declaración del concurso, tal y como pretende la demandante.

7.- La sentencia desestimó la acción reconvencional ejercitada por MARME con la finalidad de resolver los contratos de swap en interés del concurso porque el presupuesto de aplicación del artículo 61.2 LC es la existencia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, lo que no es el caso de swap, tal y como refiere la STS de 29 de junio de 2016.

8.- Frente a la mentada sentencia, NATWEST ha interpuesto recurso de apelación al objeto de que se revoque la calificación como subordinados de sus créditos en el concurso de MARME. Esta última entidad ha impugnado la sentencia únicamente respecto al pronunciamiento de costas de la reconvención.

RECURSO DE APELACIÓN DE NATWEST

SEGUNDO: SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE NATWEST CON SUSTENTO EN SU CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR DE HECHO DE LA CONCURSADA.-

Alegaciones de MARME

1.- La sentencia recurrida se abstiene de pronunciarse en relación a la posible consideración de NATWEST (RBS) como administradora de hecho de la concursada, por entender que en el informe de la AC se subordinó el crédito de RBS únicamente por su condición de sociedad perteneciente al grupo de MARME. Esta ausencia de un análisis completo de la administración de hecho en la sentencia no implica que dicha causa de subordinación haya sido desestimada.

2.- La administración de hecho constituye pues un motivo adicional de subordinación. Así lo revelan las siguientes circunstancias: (i) un mero examen de los párrafos 121 y siguientes del "Anexo I de la masa pasiva" del informe de la administración concursal es suficiente para comprobar que la subordinación de los créditos de NATWEST está también ligada a su condición de administradora de hecho de la concursada; ii) de hecho, esos mismos párrafos revelan que NATWEST efectuó alegaciones al proyecto de lista de acreedores, por la vía prevista en el art. 95.1 LC, para oponerse a la subordinación de sus créditos en atención a su consideración de administradora de hecho; (iii) NATWEST también destinó buena parte de su demanda a exponer las razones por las que entiende que no tiene la condición de administradora de hecho de MARME (Vid. Hecho 4.2. de dicha demanda); (iv) por su parte, la administración concursal abordó la cuestión en su contestación a la anterior demanda (Vid. págs. 37 y ss. de su escrito de contestación a la demanda) y (v) MARME hizo lo propio en las páginas 17-23 y 33-38 de su correspondiente contestación a la demanda.

Valoración de la Sala

3.- Es cierto que la sentencia recurrida no se pronuncia sobre la condición de administrador de hecho de RBS, pero ello se debe a que la juzgadora consideró expresamente que esta circunstancia no era hábil en este caso para subordinar los créditos de RBS. La razón fue que la calificación contenida en el informe de la AC no se sustentaba en este extremo, lo cual había sido corroborado por la AC en su contestación. Por tanto, aunque no hay un pronunciamiento expreso de fondo sobre la administración de hecho de RBS, si lo hay respecto a la imposibilidad de subordinar el crédito por este motivo.

4.- Resulta evidente, por tanto, que existe un pronunciamiento judicial expreso que resulta favorable al ahora apelante. Lo que ahora nos propone MARME es que dejemos sin efecto ese pronunciamiento en un sentido que perjudica al apelante, pero no lo hace impugnando la sentencia, sino como un motivo más del escrito de oposición al recurso. Este planteamiento nos podría abocar a una "reformatio in peius" sin haber dado la oportunidad al aquí recurrente de efectuar alegaciones al respecto, lo que derivaría en indefensión.

5.- En estos casos, la jurisprudencia tiene establecido que el tribunal de apelación debe ajustarse al principio "tantum devolutum quantum appellatum", que impide abrir un debate que quedó planteado, resuelto y cerrado en la anterior instancia. Esta doctrina ha sido mantenida por el Tribunal Supremo, tanto respecto de las pretensiones como respecto de las excepciones, en sentencias como las núm. 87/2009, de 19 de febrero de 2009, 432/2010, de 29 de julio, 370/2011, de 9 de junio de 2011, 977/2011, de 12 de enero, 532/2013, de 19 de septiembre, 331/2016 de 19 de mayo y 124/2017 de 24 Feb. 2017.

6.- Es cierto que la STS núm. 331/2016 de 19 de mayo puntualiza que no puede confundirse el pronunciamiento desestimatorio de una pretensión, que solo puede dejarse sin efecto a través del correspondiente recurso o impugnación, con el hecho de que la sentencia acepte determinados argumentos y rechace otros referentes todos ellos a una misma pretensión, que no requiere un trámite específico de impugnación. Lo que ocurre es que en este caso, el rechazo de la subordinación por razón de la administración de hecho no es un argumento más, pues constituye una pretensión dotada de plena autonomía respecto a otros motivos de calificación. En



ese sentido la indicada subordinación por razón de la administración de hecho se sustenta en un sustrato fáctico y en una valoración jurídica diferenciados, con un apoyo normativo también diferente.

7.- Con ánimo de agotar la cuestión, diremos que, efectivamente, la AC trata del tema de la administración de hecho de RBS y llega a decir que el crédito debe quedar subordinado por aplicación del artículo 93.2 LC (según redacción aplicable al caso). Sin embargo, lo hace únicamente en el anexo I del informe correspondiente a la masa pasiva (párrafo 137), ya que en cuerpo principal del informe, la AC señala en el apartado 2.3 (acreedores subordinados) que: "(el) crédito de ROYAL BANK SCOTLAND, PLC. se ha incluido en esta categoría por su consideración de sociedad del grupo, de conformidad con los argumentos que se contienen en el Anexo I" (página 94). En consecuencia, podemos deducir que la remisión al Anexo I citado es únicamente a los efectos de justificar la subordinación del crédito en consideración a la existencia del grupo, pero no a otros efectos.

8.- Este planteamiento se refuerza al analizar la relación de créditos incluidos por orden alfabético al final del informe. En las observaciones del crédito de RBS, que se califica de subordinado, se hace constar: " Art. 92.5 y 93.1.3º LC". Es conocido que, según la redacción aplicable al caso, el artículo 93.1.3º LC recogía como supuesto de personas especialmente relacionadas a las integrantes del grupo societario, mientras que la administración de hecho se contemplaba en otro numeral diferente, concretamente el artículo 93.1.2º LC. En consecuencia, compartimos en este particular la decisión adoptada por la juez "a quo".

TERCERO: SUBORDINACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE RBS POR EXISTENCIA DE GRUPO.-

Alegaciones del recurrente

1.- Se ha producido un motivo nulidad de pleno derecho de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 225.3º en relación con el art. 227.1º de la ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), al consumarse en aquella una mutatio libelli causante de indefensión (art 24.1 CE y 433.3 LEC), al haberse producido en la vista por parte del AC una alteración esencial del fundamento de su calificación del crédito subordinado de RBS.

2.- En el informe provisional, la AC calificó el crédito de RBS como subordinado a pesar de reconocer (apartado 75 del anexo I del informe) que:

a) En el momento en que RBS devino acreedor de RAMBLAS y de MARME el 14 de septiembre de 2008, los derechos de voto en Ramblas eran ejercitables por los titulares de las participaciones y no por RBS.

b) Que el ejercicio de los derechos de voto por RBS estaba sujeto a las condiciones suspensivas de incumplimiento del contrato de Financiación Junior y de notificación por RBS del ejercicio de derechos de voto en Ramblas.

b) Que hasta el 6 de enero de 2011 RBS no había notificado a RAMBLAS el ejercicio de sus derechos de voto.

3.- No obstante este reconocimiento, la AC mantenía el carácter subordinado de los créditos de RBS, pues, tal y como indicó en el apartado 2.2.4 de su Informe, no es preciso que la relación de control exista en el momento de generación del crédito que se subordina, bastando que tal relación exista a la fecha de declaración de concurso. Sin embargo, este planteamiento quedó sin fundamento a partir de la STS 134/2016 de 4 de marzo, citada en la sentencia de primera instancia.

4.- En vista de la doctrina jurisprudencial indicada, la AC argumentó ex novo en la vista que desde el mismo momento en que nacieron los créditos de RBS ya podía haber ejercitado los derechos de voto de RAMBLAS, pues desde ese momento inicial ya se había cumplido la condición suspensiva establecida a tal fin. Ello era así, según razonó la AC, porque MARME incumplió su obligación de generar una garantía hipotecaria a favor de los seniors respecto de todas las fincas porque sustrajo una de ellas del gravamen.

5.- El principio de contradicción y el derecho de defensa impiden que una de las partes altere sus pretensiones en el acto de la vista, como entre otras ha señalado la resolución del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 o la STS 1242/1998, de 4 de febrero. Ello da lugar a la vulneración de uno de los derechos fundamentales contenidos en el art. 53.2 de la Constitución Española y, concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que proclama el art. 24 de la Constitución Española.

6.- Es cierto que la Ley 38/2011, de 19 de octubre, de Reforma de LC, ha añadido la disposición sexta que, en sede concursal, impone un concepto de grupo por remisión al art. 42.1 del Código de Comercio y que, de acuerdo con la redacción aplicable de este último precepto, el control de las sociedades del grupo puede ser actual o potencial (*una sociedad ostente o pueda ostentar el control de otra*) pero dicho control no se ostenta cuando está sometido a una condición suspensiva. Ello es así porque la adquisición del derecho dependerá del acontecimiento que constituya la condición (art. 1.114 CC).



7.- La propia AC estableció en su informe que la fecha de la concesión del crédito calificado fue el 14 de septiembre de 2008 y que el ejercicio de los derechos que implicaban el control de RAMBLAS no se llevó a cabo hasta el 6 de enero de 2011.

8.- El Tribunal Supremo ha confirmado que la ratio del precepto contenido en el art 93.2.3º LC justifica esa condición de persona especialmente relacionada con la concursada en el mismo momento del nacimiento del derecho de crédito. Así lo proclamó por primera vez en la Sentencia de su Sala Primera, número 134/2016, de 4 de marzo, criterio seguido en otras posteriores como la STS 662/2018 de 22 de noviembre.

9.- Con independencia y sin perjuicio de lo manifestado en las alegaciones anteriores, se invocan los restantes fundamentos alegados en la demanda incidental que no han sido abordados en la sentencia que se impugna. Concretamente se argumenta lo siguiente:

a) El control que se requiere para apreciar la existencia de grupo debe ser real y efectivo. En este caso, la transmisión de los derechos de voto fue meramente nominal. El control efectivo de RAMBLAS lo seguían teniendo los Sres. Torcuato y Victoriano

b) En las dos únicas veces que tales derechos de voto fueron utilizados por NATWEST, lo hizo actuando como agente por cuenta de terceros -los acreedores del Contrato de Préstamo, AABAR y EDGEWORTH y siguiendo sus expresas instrucciones.

c) La adquisición condicionada de los derechos de voto de RAMBLAS se hizo por RBS en su calidad de agente de garantías y como mandatario de los verdaderos acreedores, AABAR y EDGEWORTH.

d) MARME, DELMA y RAMBLAS eran puros instrumentos formales de la operación financiera creada para la adquisición de la Ciudad Financiera del Banco de Santander.

e) La subordinación de créditos por especial relación con la concursada no tiene sentido sino respecto de créditos concedidos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, pues si se cede a un tercero antes de ese plazo, pierde la condición de subordinado (conforme al artículo 93.3 LC).

f) La interpretación de las normas de subordinación debe hacerse desde el punto de vista del derecho fundamental a la igualdad, pues RBS actúa como mero agente o mandatario de los acreedores interesados, por lo que no tiene sentido subordinar los créditos del primero y no de los segundos.

g) Adicionalmente, si bien exclusivamente en relación con el crédito dimanante a favor de NATWEST de un determinado contrato de permuta de tipos de interés, cabe indicar que este contrato no es un contrato de financiación y que, por tanto, no puede ser subordinado de acuerdo con el artículo 92.5º LC, puesto que la subordinación que esta norma determina, en el caso de deudores personas jurídicas, se limita a los créditos dimanantes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios significativos y las sociedades del grupo, en cuya categoría no cabe encuadrar a los créditos que dimanen de una permuta de interés.

Alegaciones de los apelados

10.- Lo que sostuvo la AC en la vista es que en este caso existía grupo en el sentido expresado en el artículo 42 del Código de Comercio, que tiene lugar cuando una sociedad "ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras". Es decir, no es necesario que ese control sea efectivo, sino que podía ser potencial. Este planteamiento no es novedoso, pues ya se indica en el informe de la AC en los párrafos 98, 106 y 107 y también tiene reflejo en otros párrafos, como los párrafos 62.c, 64, 66, 67, 109 o 111. Así también se indicó por los demandados en la contestación a la demanda, contrariamente al planteamiento de NATWEST, que postulaba la necesidad de que la situación de control fuera efectivo y no simplemente potencial.

11.- En contra de lo que pretende la recurrente, la Sentencia no se sustenta en el incumplimiento de la obligación de hipotecar todos los inmuebles del complejo inmobiliario.

12.- La recurrente no identifica ninguna infracción del procedimiento, por lo que en ningún caso procede la nulidad de la sentencia.

13.- La jurisprudencia ha sido constante en extender el concepto relevante de grupo a las situaciones de control potencial o indirecto. Así lo indican las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018 (Roj: STS 2677/2018), de 17 de marzo de 2017 (Roj: STS 1479/2017) o de 24 de noviembre de 2011 (LA LEY 240595/2011).

14.- La doctrina también ha expresado que el concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y comercial y el proceso decisorio del



grupo. Cuando en una definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial durmiente de control, más que a un control efectivamente ejercido.

15.- El hecho de que el control de los derechos políticos previsto en la prenda estuviera sujeto a condición suspensiva únicamente implica que la capacidad de control fuera meramente potencial hasta el cumplimiento de dicha condición, momento en que el control pasó a ser efectivo.

16.- Es cierto que el 30 de noviembre de 2010, RBS cedió a las compañías EDGEWORTH CAPITAL LIMITED y AABAR BLOCK S.A R.L. los derechos de crédito del "préstamo junior" de 12 de septiembre de 2008. Sin embargo, RBS retuvo las garantías y con independencia de que la actuación de RBS pudiera responder al cumplimiento de eventuales instrucciones, es lo cierto que quien ostentaba el derecho de voto y por ello el poder de control en el sentido control de RAMBLAS era RBS.

Valoración de la Sala

17.- La jurisprudencia recaída en torno al momento que debe tenerse en cuenta para subordinar un crédito, dio lugar a que la AC adaptase sus postulados iniciales, que esencialmente se sustentaban en la idea que la situación de control debía valorarse al momento de la declaración del concurso y no al momento del nacimiento del crédito. Sin embargo, esa doctrina jurisprudencial sobrevenida no autorizaba la introducción intempestiva en el proceso de cuestiones nuevas.

18.- Ciertamente, la AC y la concursada defendieron a lo largo del procedimiento que la situación de control puede ser efectiva o potencial, visto el tenor literal del artículo 42 del Código de Comercio. Sin embargo las manifestaciones de la AC en la vista no se quedaron en eso, sino que apuntaron claramente a una cuestión novedosa, cual era el cumplimiento de la condición suspensiva ya aludida desde el momento mismo del nacimiento de crédito de RBS. En definitiva, lo que se vino a mantener en la vista fue que a efectos de aplicar la subordinación en un escenario de grupo societario, no era preciso esperar a la notificación de incumplimiento cursada en fecha 6 de enero de 2011, porque tal incumplimiento ya se había producido en el origen mismo del crédito.

19.- Ciertamente, la sentencia recurrida no acogió formalmente el alegato del incumplimiento simultáneo ni aludió en modo alguno al incumplimiento de MARME respecto a la necesidad de gravar sus fincas. En ese sentido, no podemos afirmar que la sentencia haya dado carta de naturaleza a la "mutatio libelli" pretendida por la AC, ni que por tanto se haya producido indefensión.

20.- Sin embargo, al defender la situación de control potencial de RBS sobre RAMBLAS, DELMA y MARME desde el momento del nacimiento del crédito, la juez "a quo" realmente no aborda la cuestión medular, a saber, la incidencia de la condición suspensiva, por hipótesis pendiente, respecto de la facultad potencial de RBS de ejercer control sobre MARME. Decimos por hipótesis pendiente, porque la idea del cumplimiento de la condición en el momento del nacimiento del crédito la hemos excluido por novedosa.

21.- El control potencial sobre el deudor concurre cuando el acreedor dispone de capacidad para poder ejercitar dicho control, lo cual sólo puede suceder si depende de su exclusiva voluntad. Esa capacidad, sin embargo, no existe si depende de un suceso ajeno a la voluntad del acreedor (artículo 1.114 del Código Civil). En ese caso no estaremos ante un control potencial, sino, en su caso, ante un control hipotético, que resulta insuficiente a los fines previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. La potencialidad del control únicamente tendrá lugar a partir del cumplimiento de la condición, pues sólo a partir de ese momento el acreedor tendrá verdadera capacidad no tributaria de factores externos, con independencia de que ejercite o no esa capacidad. En este caso, el cumplimiento de la condición únicamente tuvo lugar a partir del año 2011, cuando RBS reclamó los derechos de voto consecuente al incumplimiento contractual de RAMBLAS, por lo que hemos de concluir que fue posterior al nacimiento del crédito objeto de calificación.

22.- Sentado lo anterior, resulta intrascendente a los efectos que nos ocupan que los derechos de voto que fueron cedidos a RBS una vez cumplida la condición en el año 2011, atribuyeran a esta entidad un control real o puramente nominal sobre RAMBLAS, DELMA y MARME, pues en todo caso, se trataría de un control posterior al nacimiento del crédito.

23.- Con ánimo de responder todos los argumentos, aunque ya carece de efectos prácticos, diremos que RBS realmente no ha acreditado que su actuación fuera como mero mandatario de los titulares del crédito Junior, AABAR y EDGEWORTH, ni que quepa hacer extensivo a estas entidades el poder de control que le fue conferido a RBS. Si RBS retuvo la garantía prendaria cuando cedió los créditos respectivos en el año 2010, hemos de deducir que lo hizo para no perder los derechos inherentes. Tampoco es aceptable la afirmación de RBS de que la constitución de RAMBLAS, DELMA y MARME fue artificial, cuando lo cierto es que no ha postulado en ningún momento el levantamiento del velo respectivo de cada una de estas entidades.



24.- No compartimos con el recurrente que la subordinación solo sea posible respecto de créditos concedidos en los dos años anteriores a la declaración del concurso, pues tal conclusión no se deduce del artículo 93.3 LC. Si antes de ese plazo se produce la cesión, la pérdida de la condición de subordinado del crédito obedece precisamente a esa cesión, situación que no es equiparable al caso en que la titularidad del crédito no experimente novaciones subjetivas.

25.- Carece igualmente de aplicación el alegato realizado por el apelante respecto a la naturaleza no financiera del contrato de permuta de interés, pues se efectúa con el objeto de eludir una subordinación que ya hemos excluido. Sea como fuere, no podemos compartir la tesis del apelante, pues el artículo 92.5º LC únicamente excluye la subordinación de créditos diferentes de préstamos o actos de análoga finalidad, cuando los acreedores sean alguno socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º y reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican. Por más que el artículo 93.2.3º LC se refiera a las sociedades de un mismo grupo, no puede eludirse el requisito de que se trate de socios que reúnan determinadas condiciones de participación en el capital que en este caso no se justifican.

26.- En congruencia con lo solicitado por la parte apelante en el suplico de su escrito de apelación, procede declarar parcialmente estimada la demanda y revocar la subordinación de los créditos de RBS. Aclarada esta cuestión, los demandados no han justificado que la calificación propuesta por el recurrente sea incorrecta. En consecuencia, tal y como se interesa en la demanda, el crédito por importe de 361.773.026,39 € dimanante del contrato de préstamo Senior (núm. 41 de la lista de acreedores incluido en el informe provisional) tendrá la consideración de privilegiado especial. Los créditos dimanantes del contrato de cobertura de tipos de interés (núm. 42 de la lista de acreedores incluido en el informe provisional) serán calificados de contingentes con privilegio especial.

27.- La estimación parcial de la demanda a la que hemos hecho mención en el párrafo precedente, exime de entrar en el análisis del motivo de apelación referente a la existencia de dudas de hecho o de derecho al objeto de no imponer costas.

IMPUGNACIÓN FORMULADA POR MARME

CUARTO: COSTAS

Alegaciones de MARME

1.- No procede apreciar serias dudas de hecho o de derecho en la demanda de RBS y por tanto es correcta la imposición de costas a la luz de lo establecido en el artículo 394.1 LEC, de modo que la Sala no debe apreciar este concreto motivo de apelación. Esto no obstante, para el caso de que la Sala optara por estimar el recurso de NATWEST y revocara la condena en costas a dicha entidad, lo más coherente sería adoptar una decisión equivalente en relación con las costas de la reconvención, impuestas a MARME. Reconvención que ha sido desestimada en atención a la imposibilidad de resolver en interés del concurso los contratos de swap por carecer los mismos, según la jurisprudencia, de la condición de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento

2.- Cabe reparar a este respecto que las reflexiones que realiza NATWEST en relación con el estado normativo y jurisprudencial de la cuestión relativa a aplicabilidad como ley especial del RDL 5/2005 resulta de aplicación tanto a la demanda como a la reconvención.

3.- Lo anterior se hace evidente a la vista de la propia redacción del art. 16.1 del RDL 5/2005, en el que se admite expresamente la posibilidad de interponer la acción resolutoria en interés del concurso prevista en el art. 61.2 LC en relación con acuerdos de compensación contractual o con operaciones financieras realizadas en el marco de los mismos.

4.- Es más, las dudas de derecho asociadas a la reconvención van incluso más allá. Y es que, en el momento de interposición de esa reconvención, la jurisprudencia había declarado con rotundidad que era procedente la resolución en interés del concurso cuando las partes no cuestionan que un contrato cumple con las condiciones precisas para ser resuelto al amparo de los arts. 61 y 62 LC, como sucedía en el caso que nos ocupa (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014 y 5 de septiembre de 2013)

Alegaciones de la parte impugnada

5.- No cabe asimilar las dudas de derecho que pretendidamente concurrirían en el caso de MARME con las que concurren en el caso de la demanda. En el caso de la acción entablada por RBS (NATWEST), las dudas provienen del hecho de que es posterior a la demanda la jurisprudencia que declara la inaplicación del RDL 5/2005 a los acuerdos de compensación contractual, cuando sólo se ha suscrito una operación financiera (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2015, ésta del Pleno, y las Sentencias de 18 de noviembre de 2015, de 20 de junio de 2018 y de 24 de mayo de 2019).



6.- Sin embargo, la doctrina jurisprudencial que impidió estimar la reconversión se refiere a que los swaps no constituyen contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, lo que impide de aplicación el artículo 61.2 LC. Dicha doctrina jurisprudencial ya existía con anterioridad a la presentación de la reconversión (30 de octubre de 2014), pues está plasmada en sentencias de 8 y 9 de enero de 2013.

Valoración de la Sala

7.- La impugnación de la sentencia se ha interpuesto por MARME únicamente con carácter subsidiario, para el caso de estimación del recurso de NATWEST en el particular relativo a la apreciación de serias dudas de hecho o de derecho a efectos de no imponer a las demandantes las costas de primera instancia.

8.- Aunque la Sala revocará formalmente el pronunciamiento sobre las costas primera instancia, no lo hace por existir dudas de hecho o de derecho ni por estimar el recurso en este punto, sino porque, en congruencia con lo interesado por el apelante en el suplico de su escrito de apelación, la estimación de la demanda debe ser parcial (artículo 394.2 LEC).

9.- La conclusión es que no se ha producido el evento que permite a la Sala el enjuiciamiento de la impugnación formulada con carácter subsidiario, de modo que no entraremos en su análisis.

10.- En relación a las costas de segunda instancia, las correspondientes al recurso interpuesto por NATWEST no se imponen a ninguna de las partes, tal y como se deriva de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

11.- Las costas de la impugnación de la sentencia tampoco se imponen a ninguna de las partes, pues no concurre la premisa que autoriza tal imposición, cual es la desestimación de la pretensión del impugnante (artículo 398.1 LEC). Esto es así porque la Sala no ha procedido al enjuiciamiento de la mencionada impugnación.

FALLO

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de NATWEST MARKETS PLC contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, con fecha 28 de junio de 2019 en el seno del incidente concursal nº 447/2014; y no lugar a abordar el examen de la impugnación de la sentencia formulada por MARME INVERSIONES, 2007, SLU.

2º.- Revocamos dicha resolución y estimamos parcialmente la demanda deducida por THE ROYAL BANK OF SCOTLAND LIMITED (hoy NATWEST MARKETS PLC) contra MARME INVERSIONES 2007, S.L.U. y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

3º.- Revocamos la calificación como subordinados de los créditos de THE ROYAL BANK OF SCOTLAND LIMITED (hoy NATWEST MARKETS PLC) y ordenamos a la Administración Concursal que modifique el informe provisional a fin de que el crédito por importe de 361.773.026,39 € dimanante del contrato de préstamo Senior (núm. 41 de la lista de acreedores incluido en el informe provisional) figure como privilegiado especial y los créditos dimanantes del contrato de cobertura de tipos de interés (núm. 42 de la lista de acreedores incluido en el informe provisional) consten como contingentes con privilegio especial.

4º.- No imponemos a ninguna de las partes las costas de primera instancia correspondientes a la demanda interpuesta por THE ROYAL BANK OF SCOTLAND LIMITED (hoy NATWEST MARKETS PLC).

5º.- Las costas de segunda instancia correspondientes al recurso interpuesto por NATWEST MARKETS PLC no se imponen a ninguna de las partes.

6º.- Las costas de segunda instancia correspondientes a la impugnación de la sentencia formulada por MARME INVERSIONES 2007, S.L.U. tampoco se imponen a ninguna de las partes.

7º.- En todo lo no afectado por los anteriores pronunciamientos, confirmamos la sentencia recurrida.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase, en su caso, a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución,



en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ