



Roj: **STS 3615/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3615**

Id Cendoj: **28079110012018100584**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2018**

Nº de Recurso: **1690/2015**

Nº de Resolución: **588/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 588/2018

Fecha de sentencia: 23/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1690/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.^a

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1690/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 588/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 23 de octubre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio incidental seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid. El recurso fue interpuesto por la entidad Grupo Inmobiliario Tremón S.A., representada por la procuradora Raquel Gómez Sánchez y bajo la dirección letrada de Elena Mazón Heras. Es parte recurrida la entidad Gestión y Servicios Inmobiliarios en Andalucía S.L., representada por la procuradora Patricia Rosch Iglesias y bajo la dirección letrada de Jorge María Díaz del Río Hernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y representación de la entidad Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. interpuso demanda incidental en ejercicio de la acción de impugnación de la lista de acreedores, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, contra la administración concursal y la entidad Gestión y Servicios Inmobiliarios de Andalucía S.L., para que se dictase sentencia:

"que contenga alguno de los siguientes pronunciamientos:

"Se resuelva modificar la calificación jurídica del crédito contingente y, en su caso ordinario, del acreedor Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía S.L. por importe de 12.621.259,19 euros y por el que figura en la lista de acreedores elaborada por la administración concursal, por el de crédito subordinado en su totalidad, al tratarse de una persona especialmente vinculada con el deudor concursado según lo dispuesto en el artículo 93.2.3º LC".

2. La procuradora Patricia Rosch Iglesias, en representación de la entidad Gestión y Servicios Inmobiliarios de Andalucía S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que acuerde:

"a) archivar el Incidente Concursal 719/09 como consecuencia del allanamiento producido por la actora en el incidente 709/09.

"b) para el supuesto que no fuere admitida por S.S.ª lo anterior, dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda.

"En ambos casos con expresa imposición de las costas procesales causada a Grupo Inmobiliario Tremón, S.L.".

3. La administración concursal de Grupo Inmobiliario Tremón S.A., contestó a la demanda y se allanó a las pretensiones formuladas por la demandante.

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. contra Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía S.L. y contra la administración concursal de la demandante concursada, debo declarar y declaro no haber lugar a la impugnación de la lista de acreedores, debiendo en su consecuencia pasarse por lo resuelto en el incidente 709/2009 y todo ello sin expresa condena en costas".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Grupo Inmobiliario Tremón S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 9 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Grupo Inmobiliario Tremón S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Dos de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes, de costas a la parte recurrente y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución con imposición a la recurrente de las costas causadas" (sic)

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

1. La procuradora Raquel Gómez Sánchez, en nombre y representación de la entidad Grupo Inmobiliario Tremón S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 93.2.3º LC.



"2º) Infracción de la doctrina del levantamiento del velo y aplicación del art. 93.2.3º LC en relación con el art. 92.5".

2. Por diligencia de ordenación de 14 de mayo de 2015, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Grupo Inmobiliario Tremón S.A., representada por la procuradora Raquel Gómez Sánchez; y como parte recurrida la entidad Gestión y Servicios Inmobiliarios en Andalucía S.L., representada por la procuradora Patricia Rosch Iglesias.

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

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. contra la Sentencia dictada, con fecha de 9 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) en el rollo de apelación n.º 189/2014, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 719/2009 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Gestiones y Servicios Inmobiliarios de Andalucía S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

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

El 18 de mayo de 2007, la sociedad Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. vendió a Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. las participaciones sociales que representaban el 50% del capital social de Sermansur, S.L. Para el pago del precio convenido, Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. firmó un pagaré que resultó impagado.

Más tarde, el 4 de diciembre de 2008, Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. fue declarada en concurso de acreedores, en el que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. comunicó un crédito de 12.621.259,19 euros como ordinario y otro de 42.601 euros como subordinado.

2. Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. impugnó la lista de acreedores para que ambos créditos fueran reconocidos como créditos concursales contingentes y subordinados, porque la sociedad acreedora era una persona especialmente relacionada con la concursada.

En síntesis, argumentaba lo siguiente: Cipriano es el socio mayoritario y administrador único de Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L.; Cipriano, en representación de otra sociedad de la que también es socio mayoritario y administrador, Palrima, S.L., constituyó junto con Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. y Atlantis Servicios Inmobiliarios, S.L.U., que intervenían representadas por quien las controlaba, David, otra sociedad, denominada Tresser Inmuebles, S.L., la cual puede considerarse que forma parte del grupo empresarial de la concursada.

3. En primera instancia, el juez del concurso desestimó esta impugnación y confirmó la clasificación del crédito de la sociedad Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. La sentencia, primero, razona que la cuestión del pretendido carácter contingente ya había sido objeto de un incidente anterior, en el que tanto la concursada como la administración concursal se habían allanado "al reconocimiento (...) de la desaparición de la contingencia del crédito de Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L.". Y, luego, argumenta que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. no es una sociedad del grupo Tremón ni del grupo CajaSur, por lo que resulta improcedente la subordinación.

4. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la concursada. En su sentencia argumenta que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. no forma parte del grupo de sociedades de Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. Que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. vendiera a Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. las participaciones que tenía en Sermansur, S.L. provocó que esta última pasara al grupo de la concursada, pero no quien le transmitió las participaciones. También rechaza que el hecho de que Cipriano e David, a través de sociedades controladas por cada uno de ellos, hubieran realizado algún negocio



en común, en concreto mediante la constitución de otra sociedad (Tresser Inmuebles, S.L.), no justifica que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. forme parte del grupo de la concursada.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO. Motivo primero de casación

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del art. 93.2.3º LC en la redacción vigente al tiempo de formularse la demanda, que establecía:

"Se considera persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios".

En el desarrollo del motivo se postula una interpretación amplia de la noción de grupo que pudiera abarcar el presente caso, en que el accionista único de Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. estaba vinculado a Grupo Tremón desde el año 2002, con la participación al 50% en la sociedad Tresser Inmuebles, S.L.

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

2. *Desestimación del motivo.* En atención a que el concurso de acreedores de Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. se declaró el 4 de diciembre de 2008, para la clasificación de los créditos regía la normativa entonces en vigor. En concreto, el art. 93.2 LC, por lo que respecta a quiénes tienen la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, conforme a la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 10 de julio:

"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 sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera.

"2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

"3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios".

Para que, conforme al ordinal 3º, Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. pudiera ser considerada persona especialmente relacionada con la deudora concursada, sería necesario que en el momento del nacimiento de su crédito formara parte del mismo grupo o fuera socio de una sociedad de ese grupo.

Como hemos declarado en las sentencias 134/2016, de 4 de marzo, y 239/2018, de 24 de abril:

"la concurrencia de las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (en aquel caso, una sociedad del mismo grupo que la concursada), 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), que al posterior de la declaración de concurso. Este criterio resulta todavía más justificado extenderlo a los socios de las sociedades del grupo, en la medida en que la remisión al ordinal 1º del art. 93.2 LC lo es no sólo a que tales socios tengan aquella participación significativa, sino que además la tuvieran al tiempo de generarse el crédito. Lo que desvaloriza el crédito (la vinculación entre ambas sociedades, acreedora y deudora) debe darse al tiempo de su nacimiento. Dicho de otro modo, el crédito se subordina porque nace en el contexto de esa vinculación".

3. El crédito nació el 18 de mayo de 2007, en que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. vendió a Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. las participaciones sociales que representaban el 50% del capital social de Sermansur, S.L.

Para entonces, como deja constancia la sentencia recurrida, no ha quedado probado que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. formara parte del grupo de sociedad de la concursada, sin que el hecho de transmitirle las participaciones que tenía en Sermansur, S.L. justifique esta condición.

Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que unificó, a los efectos de la Ley Concursal, lo que debía entenderse por grupo de sociedades mediante su remisión al art. 42.1 CCom, no hay duda de que el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostenta, directa o indirectamente, una sobre otra u otras (sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 431/2018, de 10 de julio). Sin perjuicio de que conforme a la jurisprudencia de esta sala este criterio de la situación de control ya resultaba de aplicación desde la promulgación de la Ley



Concursal para apreciar la existencia de grupo a los efectos del art. 93.2.3º LC (sentencias 134/2016, de 4 de marzo, y 431/2018, de 10 de julio). De tal manera que conforme a este criterio también debía acreditarse en este caso que la acreedora, al tiempo de surgir su crédito, pertenecía al mismo grupo de la concursada.

Pero no consta que concurriera alguna de las circunstancias que de forma ejemplificativa se enumeran en el propio art. 42 CCom, ni ninguna otra que mostrara que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. estaba bajo el control directo o indirecto de Grupo Inmobiliario Tremón, S.A., sin que los negocios realizados por quienes controlaban cada una de estas dos sociedades, pongan por sí en evidencia esa situación de control.

4. La otra circunstancia que conforme al art. 93.2.3º LC podría justificar la condición de persona especialmente relacionada con el deudor, que la acreedora fuera socia de otra sociedad del grupo, tampoco concurre en este caso.

Como resulta de aplicación la redacción originaria del art. 93.2.3º LC, conforme a la interpretación expuesta en la sentencia 239/2018, de 24 de abril, para apreciar la subordinación no sería necesario que la acreedora, además de ser socia de una sociedad del grupo de la concursada, lo fuera también de esta última, esto es, que fuera socia común. Bastaría por lo tanto que se acreditara que la sociedad acreedora, al tiempo de nacer el crédito, era socia de una sociedad del grupo de la concursada. Y no consta probado que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. fuera socia de alguna de las sociedades del grupo de la concursada, ni siquiera de Tresser Inmuebles, S.L.

A estos efectos, resulta irrelevante que otra sociedad del mismo grupo de la acreedora (Palrima, S.L.), sea socia de Tresser Inmuebles, S.L., siempre y cuando esa otra sociedad no fuera un cauce instrumental empleado por la acreedora (Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L.) para la tenencia de participaciones en la sociedad del grupo de la concursada.

En nuestro caso, Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. no es socia de Tresser Inmuebles, S.L. ni directamente, ni mediante otra sociedad.

El que el socio mayoritario y administrador de Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L., por medio de otra sociedad contratada por él, Palrima, S.L., hubiera constituido una sociedad participada (Tresser Inmuebles, S.L.) junto con sociedades del grupo de la concursada, no supone que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. sea socia de Tresser Inmuebles, S.L., ni justifica por ello la subordinación.

TERCERO. *Motivo segundo de casación*

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de la doctrina sobre el levantamiento del velo, que hubiera permitido concluir la vinculación de la entidad acreedora con el grupo Tremón y la aplicación del art. 93.2.3º en relación con el art. 92.5 de la Ley Concursal.

Y a continuación, en el desarrollo del motivo, añade:

"Efectivamente, la sentencia recurrida, una vez llega a la conclusión de que, vía interpretación del artículo 93.2.3º de la Ley Concursal en relación con el artículo 4 de la LNMV y 42 del Código de Comercio, no puede sostenerse válidamente que la sociedad recurrida, formase parte del Grupo Inmobiliario Tremón, responde a la invocación efectuada también, en la demanda por mi representada relativa a la doctrina del levantamiento del velo, que entiende improcedente aplicarla por ser de aplicación excepcional para el caso en que se trate de eludir responsabilidad personales.

[...]

"Por lo que entendemos que la negativa a aplicar tal doctrina del levantamiento del velo, fundamentada en los requisitos generales exigibles, infringe los particulares requerimientos que, a efectos concursales, establece la Ley Concursal en el precepto invocado, ya que en el supuesto de autos, el levantamiento del velo supone obtener la finalidad prevista en la norma, máxime cuanto en el supuesto enjuiciado la acreedora: Gestiones y Servicios Inmobiliarios de Andalucía S.L., comparte accionariado con otras empresas del Grupo Tremón".

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

2. Desestimación del motivo segundo. La sentencia recurrida justifica la desestimación de la pretensión de levantamiento del velo por su falta de concreción y justificación:

"Lo que se desprende de la demanda es la utilización interesada de la doctrina del levantamiento del velo sin que alcancemos a comprender dónde se encuentra el supuesto fraude más allá de las generalidades alegadas que emplean los términos de "sociedad pantalla" sin justificación alguna y mucho menos se explica cuál es el fraude en la constitución o incluso en la actividad desarrollada por Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. como supuesta sociedad instrumental de Grupo Inmobiliario Tremón, S.A.



"Y esas carencias no se suplen en el recurso, que se limita a remitirse a la demanda prescindiendo incluso de los argumentos de la sentencia recurrida".

Esta apreciación del tribunal de apelación es correcta. La página 5 de la demanda contiene una referencia genérica al levantamiento del velo, que no explica con el mínimo detalle qué velo societario en concreto se quiere levantar ni el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia. Y el recurso vuelve a incurrir en el mismo defecto. Son alegaciones generales sobre el levantamiento del velo, que, como muy bien denuncia la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso, carecen de la mínima concreción exigible para saber cuál sería la sociedad pantalla y por qué razón se habría hecho un uso fraudulento que justificara el levantamiento del velo. El carácter confuso y genérico de las alegaciones no pueden justificar que sea el tribunal quien de oficio analice y estructure los requisitos que conforme a la jurisprudencia sería necesario que concurrieran para acordar el levantamiento del velo, lo que le correspondía desde la demanda al demandante.

CUARTO. Costas

Desestimado el recurso de casación, se imponen las costas del recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Grupo Inmobiliario Tremón, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 9 de marzo de 2015 (rollo 189/2014), que conoció del recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 27 de septiembre de 2011 (incidente concursal 719/2009).

2.º- Imponer al recurrente las costas generadas con su recurso con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del rollo de apelación remitido.

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

Así se acuerda y firma.