



Roj: **SAP B 6634/2015 - ECLI:ES:APB:2015:6634**

Id Cendoj: **08019370152015100161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **30/06/2015**

Nº de Recurso: **567/2014**

Nº de Resolución: **170/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Barcelona, núm. 8, 27-06-2014,**
SAP B 6634/2015,
STS 2677/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 567/14-3ª

Incidente concursal núm. 893/13-A

Dimanante de concurso núm. 691/12-A (Concurzada: RL Berton S.L.)

Juzgado Mercantil núm. 8 Barcelona

SENTENCIA núm. 170/15

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

En la ciudad de Barcelona, a treinta de junio de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de incidente concursal, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 8 de esta localidad, por virtud de demanda de ADMINISTRACIÓN CONCURSAL contra RL Berton S.L. y Anlloc S.L., pendientes en esta instancia al haber apelado los demandados la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 27 de junio de 2014.

Han comparecido en esta alzada las apelantes RL Berton S.L. y Anlloc S.L., representadas por la procuradora de los tribunales Carmen Ribas Buyo y defendidas por el letrado Ángel López-Sors, así como la administración concursal de RL BERTON S.L. en calidad de apelada, Alexis , administrador concursal, y defendido por la letrada Silvia Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada, aclarada por auto de fecha quince de julio de dos mil catorce, es del tenor siguiente: FALLO: « *Estimar la demanda de reintegración planteada por la administración concursal de RL BERTON S.L. y con los siguientes pronunciamientos:*



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

Condeno a ANLLOC S.L. a restituir a la masa activa del concurso todos los vehículos, a excepción del vehículo KTM 990 Superdike ...WWW al no constar de su titularidad.

Condeno a ANLLOC S.L. a pagar a la masa activa la cantidad de 3.540 euros, más los intereses legales, correspondiente al valor del vehículo KTM 990 SuperdikeWWW .

Declaro la mala fe de ANLLOC S.L. y acuerdo que se le reconozca un crédito en el concurso de 139.160 euros con la calificación de subordinado y le condeno a abonar en concepto de daños y perjuicios ocasionados la suma de 37.875,18 euros, más los intereses legales.

Se imponen las costas a la parte demandada .».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación RL Berton S.L. y Anlloc S.L.. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 7 de mayo de 2015 pasado.

Actúa como ponente el magistrado **LUIS RODRÍGUEZ VEGA**, que expresa el parecer de la mayoría.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Hechos no controvertidos.

1. Los hechos no controvertidos, al haber sido reconocidos por ambas partes en sus escritos de alegaciones, y relevantes para resolver el presente recurso son los siguientes:

a) Por auto de fecha 29/10/2012 el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona declaró el concurso de Berton S.L.

b) Entre los días 8/11/2011 y 2/7/2012 la concursada había vendido a la sociedad Anlloc S.L. seis vehículos por un precio total de 139.160 euros, precio que fue compensado con el crédito que Anlloc tenía contra Berton.

c) Por sentencia de fecha 19/7/2011 la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Berton a pagar a la sociedad JC Heyman la cantidad de 569.304'30 euros. Dicha condena dio lugar a que el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró despachase ejecución contra Berton por auto de fecha 4/11/2011 por un importe de 569.304'30 euros de principal y 170.791 euros de costas e intereses, a pesar de lo cual la ejecutante no pudo trabar embargo sobre bienes de la ejecutada para hacerse pago de su crédito. El 9 de julio de 2012 la ejecutante presentó escrito en el Juzgado pidiendo la administración judicial de la compañía, pero ese mismo día Berton ya había presentado solicitud de concurso voluntario en los Juzgados de lo Mercantil.

d) La concursada Berton tiene dos socios Florentino , titular del 99% del capital social y su administrador, y Justiniano , titular del 1% de su capital social.

e) La compradora Anlloc comparte los dos mismos socios Florentino , titular del 99,93%, también administrador de la sociedad, y Justiniano , titular del 0'07% del capital.

SEGUNDO. La sentencia de primera instancia.

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

TERCERO. Primer motivo de impugnación: la existencia del crédito .

3. Berton y Anlloc interponen recurso de apelación contra la sentencia alegando, en primer término, que el primero de los argumentos utilizados por el juez para estimar la demanda es la inexistencia del crédito con el que se compensó el precio de los vehículos adquiridos por Anlloc. La Sala entiende que las dudas expresadas por el Juez sobre la preexistencia del crédito no son realmente un argumento efectivo de la sentencia, puesto que el Juez ordena el reconocimiento en el concurso de dicho crédito, aunque lo clasifique de subordinado. Lógicamente si ordena su reconocimiento es que las dudas sobre su preexistencia han sido irrelevantes para la decisión.

CUARTO. Concepto de Grupo de Sociedades y persona especialmente relacionada .



4. El segundo de los motivos por los que los recurrentes impugnan la sentencia es por la inaplicabilidad de la presunción que prevé el art. 71.3.1 LC , ya que la compradora no tenía la condición de persona especialmente relacionada con la concursada, al no formar parte del mismo grupo.

5. En nuestra sentencia de 11 de diciembre del 2013 (Roj: SAP B 13617/2013) dijimos que con anterioridad a la nueva disposición adicional sexta de la ley Concursal (introducida por la Ley 38/2011) y en relación con el artículo 93.2.3º LC habíamos mantenido que el concepto de grupo debe delimitarse en función del fundamento y finalidad de la norma, superando nociones legales establecidas a otros efectos, fundamentalmente contables, por lo que, en sede de clasificación de crédito, debían incluirse no sólo los grupos verticales sino también los horizontales, en los que la unidad de decisión es fruto de una coordinación voluntaria. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la disposición adicional sexta introducida por la Ley 38/2011 , entendimos que el Legislador había querido poner fin a las distintas interpretaciones que en la práctica concursal se venían ofreciendo sobre el concepto de grupo, optando por una de ellas. Al establecer en esa disposición que, "a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio ", está excluyendo de su ámbito de aplicación a los grupos horizontales, paritarios o por coordinación que se asientan en la idea de unidad de decisión.

6. El art. 42.1 CCo establece que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras". Argumentamos que el preámbulo de la referida Ley de reforma 16/2007, explica en el apartado IV que "en la nueva redacción del artículo 42 del Código de Comercio ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar. Queda, pues, configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás". Desde esta concepción, abandonado el criterio de la unidad de decisión y sustituido por el de control o dominación societaria como elemento determinante de la existencia de grupo, quedarían excluidos del concepto los grupos paritarios, de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo vertical o jerárquico.

7. Así, a la vista de este nuevo panorama normativo, la STS de 24 de noviembre de 2011 interpreta que tras la Ley 62/2003 (antigua redacción del art. 42 CCom ., basada en el criterio de la unidad de decisión), era impuesta la obligación de consolidar cuentas <<no sólo en los llamados grupos verticales o de subordinación, sino también en los denominados grupos horizontales o de coordinación cuando, aunque no existiesen participaciones de unas sociedades en otras del grupo, existía "unidad de decisión">>. Pero -prosigue esta STS-, en la nueva redacción del art. 42 CCom , tras la reforma por la Ley 16/2007, tal como indica su Exposición de Motivos, <<ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar, ya que (Exposición de Motivos) "queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás">>.

8. Unánimemente seguimos manteniendo dicha interpretación sobre el concepto de grupo de sociedades, cosa diferente es la valoración de la relación existente entre dos sociedades controladas por la misma persona, en este caso, una persona física.

9. En aquel momento la mayoría del Tribunal entendió que no le era aplicable la regla de la subordinación del crédito en aquel caso, sin embargo, la mayoría que en este momento ha variado y el Tribunal Supremo implícitamente parece que no ha aceptado dicha interpretación.

10. En la citada sentencia de 11 de diciembre de 2013 este Tribunal , en un supuesto idéntico, dijo que:

"En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso.

No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos. Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3º y 93.2.3º, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición adicional sexta, que es aplicable a todos ellos".

11. El art. 93.2 LC dice que "se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso". La Ley, como podemos ver, solo exige que la sociedad concursada y la sociedad acreedora formen parte del mismo



grupo, no se exige que entre ellos exista una relación de subordinación dentro del mismo grupo, y a nuestro modo de ver dos sociedades sometidas al control de la misma sociedad matriz forman parte del mismo grupo. Las filiales de un grupo jerárquico no forman parte entre sí de un diferente grupo paritario, aunque su relación sea paritaria, sino que forma parte del mismo grupo jerárquico en la que las filiales están controladas por la matriz. Para que haya una persona que se considere especialmente relacionada con otra jurídica la Ley exige únicamente que la sociedad concursada y la sociedad acreedora, o, en este caso, la sociedad compradora, formen parte del mismo grupo, pero no exige que la relación que exista entre ellas sea vertical.

12. Un grupo horizontal (de estructura paritaria o por coordinación) es aquel en la que no existe una relación de dependencia entre las sociedades agrupadas, de tal manera que la dirección unitaria que caracteriza un grupo de este tipo se decide por todas las sociedades que lo forman. Ello nos lleva a considerar que en este tipo de grupos la relación entre las sociedades no es de control, ya que ninguna tiene el control de las demás. La falta de esta característica fundamental excluye los grupos horizontales de concepto del grupo del art. 42.1 CCo . Ahora bien, dos empresas filiales, administradas por la misma persona, que a su vez es su socio mayoritario, forman parte del mismo grupo en el que el control se ejerce por un tercero (en este caso, una persona física), es decir, las filiales forman parte del mismo grupo vertical. Las filiales no forman un grupo diferente y horizontal, sino que forman parte del mismo grupo vertical, aunque su concreta relación no sea de dependencia.

13. El Tribunal Supremo, aunque no se ha pronunciado expresamente sobre este caso, en su sentencia 100/2014, 30 de abril (ROJ STS 1954/2014), en el que analiza la relación entre dos empresas que comparte la misma sociedad matriz, afirma sin ningún reparo que pertenecen al mismo grupo dos sociedades hermanas, por lo que implícitamente parece que está contradiciendo el concepto que habíamos mantenido en la sentencia 449/2013 , lo que también justifica un cambio de criterio.

QUINTO. Presunción del perjuicio

14. En consecuencia, es aplicable la presunción establecida en el citado art. 71.3.1 LC, a la compraventa y a la compensación por la cual Anlloc pagó el precio, según el cual: "salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado". Lo que implica que sobre las demandadas, vendedora-concursada y compradora, pesaba la carga de acreditar que esa operación no implicaba perjuicio alguno para la masa de acreedores, cosa que no han hecho. Las recurrentes alegan que los negocios rescindidos no fueron perjudiciales para la masa activa ya que las compraventas se hicieron a precio de mercado y se compensaron con un crédito que tenía contra la concursada la sociedad compradora. El perjuicio no deriva del precio al que se realizó la operación, sino que dicho precio no ingresase en la tesorería de la concursada y fuese a extinguir por compensación un crédito subordinado, del que era titular una sociedad gestionada por el mismo administrador y con el mismo socio mayoritario. En nuestra opinión más que de ventas y compensaciones del precio habría que hablar de daciones en pago de unos créditos subordinados, negocios que se iniciaron cuando ya se había condenado a la sociedad a pagar a su acreedor JC Heyman la cantidad de 569.304'30 euros, condena que a su vez originó la insolvencia de la compañía, por lo que no sólo el perjuicio, sino la finalidad fraudulenta creemos que es patente.

SEXTO. Costas

15. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas por las dudas jurídicas que suscita esta cuestión como resulta del diferente criterio que ha mantenido este Tribunal.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por RL Berton S.L. y Anlloc S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 8 de Barcelona de fecha 27 de junio de 2014 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, sin hacer especial imposición a las costas del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



VOTO PARTICULAR

que formula el magistrado D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO a la sentencia de fecha treinta de junio de dos mil quince, Rollo núm. 567/2014-3ª

En Barcelona a treinta de junio de dos mil quince.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Mi discrepancia con la mayoría guarda relación con la aplicación al caso de la presunción del artículo 71.3º.1º de la Ley Concursal, sustentada en la consideración de que la concursada RL BERTON S.L. y la sociedad ANLLOC S.L. -tercera adquirente de los seis vehículos objeto de reintegración- forman parte del mismo grupo. Coincido, por el contrario, con el sentido del fallo y con los argumentos que llevan a la mayoría a considerar rescindible la venta, por cuanto, más allá de la presunción, de la propia relación de hechos probados se deduce que con la transmisión de los vehículos se dio un trato de favor a la adquirente, en fechas muy próximas a la declaración de concurso y cuando contra la concursada se había despachado ejecución por el Juzgado de Primera Instancia 2 de Barcelona por una cantidad muy relevante.

Sigo pensando que la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, introducida por la Ley 38/2011, al establecer que "a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1º del Código de Comercio," está excluyendo de su ámbito de aplicación a los grupos horizontales, paritarios o por coordinación, que se asientan en la unidad de decisión. Esa es la situación que se da en el presente caso, en el que la concursada RL BERTON S.L. y la compradora ANLLOC S.L. tienen como socios a las mismas personas físicas y comparten órgano de administración. No existe, por el contrario, relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42.1º del Código de Comercio y no es controvertido que las dos sociedades no consolidan cuentas. En consecuencia, dado que el único concepto con el que podemos operar, a efectos concursales, es el de grupo por dominio o por control, en los que exista la obligación legal de consolidar las cuentas, estimo que la aplicación de la presunción legal del artículo 71.3º.1º es errónea. A mi modo de ver, cuando las mismas personas físicas ejercen su control sobre dos sociedades distintas no existe un grupo vertical o por dominio. Tampoco, lógicamente, la relación entre ellas es de dependencia de una respecto de la otra.

Me remito, por tanto, a las consideraciones de nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2013 (ROJ 13617/2013), que expongo a continuación de forma sucinta, no sin desconocer que la cuestión es muy discutible, como evidencia el voto particular de aquella sentencia, que ahora es asumido por la mayoría. Dijimos entonces que en el ordenamiento jurídico español anterior a la Ley 16/2007, varias normas proporcionaban un concepto de grupo basado en el criterio de unidad de decisión, que (como señalaba la STS de 29 de julio de 2005) podía provenir de la subordinación de una o varias sociedades a otra dominante (régimen jerárquico) o bien de vínculos de coordinación (régimen paritario). Entre ellas destacábamos el artículo 42 del CCom, según la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre o el artículo 4 de la Ley de Mercado de Valores anterior a la Ley 42/2007.

Ello explica una noción de grupo (que hemos recogido en anteriores sentencias en el ámbito concursal) entendido como aquella formación empresarial que, sobre la base de unas relaciones determinadas - contractuales, de participación, de directivos comunes- entre varias empresas formalmente independientes, establece una unidad de decisión y aglutina una unidad económica funcional (es decir, una definición que admite que la unidad de decisión se logre no sólo por vínculos societarios sino también por vínculos de coordinación, en régimen paritario).

No obstante, tras la reforma del art. 42 CCom por la Ley 16/2007, de 4 de julio (de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea), se redefine el concepto de grupo a efectos de consolidación de cuentas, sustituyendo el criterio de la unidad de decisión por el de control societario. Conforme al nuevo texto legal, existe grupo cuando "una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras", manteniendo seguidamente los mismos supuestos que en la redacción anterior servían para presumir la unidad de decisión, y que ahora son presuntivos de la existencia de control.

Desde esta concepción, abandonado el criterio de la unidad de decisión y sustituido por el de control o dominación societaria como elemento determinante de la existencia de grupo, quedarían excluidos del concepto los grupos paritarios, de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo vertical o jerárquico.

Tras esta reforma del art. 42 CCom, el art. 4 LMV fue a su vez reformado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, para adaptar el concepto de grupo, a los efectos de la LMV, al nuevo art. 42 CCom. De igual manera, otras leyes a las que interesaba el fenómeno grupal a sus respectivos efectos, adoptaron el mismo criterio,



con remisión al art. 42 CCom . (así, el art. 18 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de capital, RDL 1/2010; el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, RDL 4/2004, arts. 11.4.b , 16.3.I , 21 , 89.3.b , 90 , 107.2.a).

Y finalmente también la Ley Concursal, tras su reforma por la Ley 38/2011, que introduce en la LC la disposición adicional sexta para establecer que "a los efectos de esta ley , se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio ".

En el presente caso, insisto, la situación de control la ejercen las mismas personas físicas, por lo que no existe grupo en el sentido del artículo 42.1º del Ccom , sino un grupo horizontal que se asienta en la unidad de decisión. Ese criterio es descartado por dicho precepto y, por tanto, queda al margen de la Ley Concursal.

La STS de 30 de abril de 2014 (ROJ 1954/2014), a mi modo de ver, no contradice los anteriores argumentos, dado que por razones de índole temporal -la acción de reintegración en ese caso se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011- no toma en consideración el concepto restringido del grupo que contempla la disposición adicional sexta de la LC .

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.