

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 190/2017, de 15 de marzo de 2017

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2321/2014

SUMARIO:

Concurso. Calificación de créditos. Sociedades concursada y acreedora unipersonales pertenecientes al mismo grupo y con mismo administrador. Socio único tenedor de amplia mayoría de ambas. La noción de grupo viene marcada en toda la Ley Concursal, por remisión Al Código de Comercio, no por la existencia de una unidad de decisión, sino por la situación de control, el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, una sobre otra u otras. La cuestión más controvertida que se plantea en este recurso, y que no ha sido abordada con anterioridad por esta sala, estriba en que quien ejerce el control sobre la sociedad concursada y sobre la sociedad acreedora no es una sociedad mercantil sino una persona física. 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. 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. Carece de justificación que en un concurso de una sociedad integrada en un grupo en el que una de estas fundaciones o una persona física ejerce el control, otra sociedad integrada en el grupo no sea considerada como persona especialmente relacionada con la concursada, o que no se tramiten acumuladamente los concursos de dos sociedades integradas en uno de estos grupos, simplemente porque en la cabecera del grupo se encuentra una fundación o una persona física y no otra sociedad.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, arts. 19 y 42.

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 25, 25.bis.3, 71.3, 92.5, 93 y disp. adic. sexta.

PONENTE:

Don Rafael Saraza Jimena.



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En Madrid, a 15 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 499/2013 de 11 de diciembre, aclarada por auto de 4 de diciembre de 2012, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 516/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, sobre impugnación del inventario y de la lista de acreedores. El recurso fue interpuesto por D. Jacinto, administrador concursal de Cubigel Compressors S.A.U. La recurrida no se ha personado ante esta sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Ignacio López Chocarro, en nombre y representación de Koxka Technologies S.L.U., interpuso demanda incidental contra Cubigel Compressors S.A.U., en la que solicitaba que se dictara sentencia:

«[...] estimando íntegramente la impugnación y acordando:

- » (i) la rectificación de la denominación social de mi representada en el Listado de Acreedores anexo al informe;
- » (ii) la exclusión del Inventario de bienes de la relación de maquinaria que ha sido detallada en el cuerpo de la presente y que fue transmitida a Koxka en virtud del contrato de compraventa y arrendamiento de fecha 3 de octubre de 2011 suscrito con Cubigel y;
- » (iii) la rectificación del Listado de Acreedores en el sentido de reconocer un crédito contra Koxka por importe de 2.381.710,19.-€ con la calificación de ordinario».

2.- La demanda fue presentada el 2 de mayo de 2012 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona y fue registrada con el núm. 127/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La administración concursal de Cubigel Compressors S.A.U. formuló oposición a la impugnación formulada y solicitó la expresa imposición de costas a la impugnante, por su evidente mala fe.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, dictó sentencia de 30 de octubre de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando parcialmente la impugnación del informe de la administración concursal de la mercantil Cubigel Compressors S.L.U se requiere a la administración concursal para que en su informe definitivo corrija el error de identificación de la denominación social del acreedor que es Koxka Technologies S.L.U. y no Hussmann Koxka S.L.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

» De igual modo se requiere a la administración concursal para que excluya del inventario de bienes la titularidad de la máquina que se relaciona a continuación:

» CU-C1-BOBI-BLP-402, Estatores MH9 LL/P línea 5 (valor 361.691 euros).- A su vez este activo total está integrado por distintos activos o elementos individuales - se identifican los números de serie aún a riesgo de algún error ya que la copia anexa al contrato tiene partes de difícil lectura:

- » 82547- Rulinador L-E2
- » 83095- Grabadora Microper L-E2.
- » 83100- Grabadora Microper L-R2
- » 83108.- Grabado Micropercusión.
- » 85624- Surge-Tester.
- » 85637- Control Eléctrico FLL-E2.
- » 86918- BOB FPMH9 Eumotec L-E2
- » 86919- Prensa Conf. Bop FPL E-2
- » 86920- BOP FA MH9 ELMOTEC L-E2
- » 86936- Expansor BOP FA L-E2
- » 86982- Expansor Bobinas.
- » 87019- Prensa Confor Prec L-E2.
- » 87020- Prensa Confor Final L-E2.
- » 87238- Conectar-Amplivar.
- » 87257-Prensa Engastar Horiz.L-5.
- » 87297-Consedora-Anudadora.
- » 87316-Aisladoras L-E2.
- » 87317-Máquina Entrefas-MH9 L-E2.
- » 87318-Prensa Engastar Horizon.
- » 87319- Prensa Engastar Horizon.
- » 87322-Consedora.
- » 87770-Conectacluser L-E2.
- » 88510-Transportador Palets.
- » 88511-Transportador Palets L-E2.
- » 88512-Transportador Palets L-E2.
- » 88734-Manipulador.
- » 86755-Distribut. Aliment. L-E2.
- » 86756- Manipulador paralelo L-E2.
- » 86757-Manipulador paralelo L-E2.
- » 88758-Elevador Estator L-E2-
- » 88759-Manipulador Cad 2-3-L-E2.
- » 89149-Elevador en línea.
- » 89158-Acondicionador aire.
- » 89157-Acondicionador aire.
- » 89447-Acondicionador Compacto.
- » 89630-Acondicionador aire.
- » 89631- Acondicionador aire.
- » 89723- manipulador Tami empaquetadora.

» CU-C1-MECA-COS-102 Cuerpos L B2 (valor 602.224 euros). A su vez este activo total está integrado por distintos activos o elementos individuales - se identifican los números

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

de serie aún y a riesgo de algún error ya que la copia anexa al contrato tiene partes de difícil lectura:

- » 81792-Transfer Rotativo I L2.
- » 81793-Transfer Rotativo II L2.
- » 81794-Transfer Rotativo III L2.
- » 81795-Transfer Rot. Excello-L2.
- » 81796-Tranfer Rotativo IV-L2.
- » 82557-Rodar. Aloj. Cilindro L2.
- » 82558-Rodar Aloj. Cigüeñal L2.
- » 83169-Prensa neumática L2.
- » 83170-Insert y dobladora L2.
- » 86363-Lavadora Intermedia L2.
- » 86364-Lavadora Final L2.
- » 88505-transporte Cuerpo L2.
- » 88742-Robot IRB 4400 Berardi I.
- » 88743-Robot IRB 3000 Berardi II.
- » 88744-Robot IRB 3000 Berardi III.
- » 88745-Robot IRB 3000 Excel-lo.
- » 88747-Robot ABB Rodar al cigüeñal.
- » 88771-Robot IRB 4400 Berardi IV.
- » 88845-Robot ABB Rodar al cilindro.

» CU-CI MOTA-MIN 207, cadena Montaje S/X (Valor 344.000 euros). A su vez este activo total está integrado por distintos activos o elementos individuales - se identifican los números de serie aún y a riesgo de algún error ya que la copia anexa al contrato tiene partes de difícil lectura:

- » 83012-Prensa Enerpac. Sacar Rotor S.
- » 84744- Control Automático PMS.
- » 85822-Poste Control Compresor DAEC.
- » 85623-Poste Control comp. DAEC Recuperación.
- » 86115-Horno de inducción. Calentar Rotor S-X.
- » 86740- Atornilladora automática cojinete S/X.
- » 86747- Atornilladora automática culata OP-270.
- » 86748- Atornilladora automática quicio S/X.
- » 86749- Atornilladora automática estator S/X.
- » 86777- Atornilladora automática Biela S.
- » 87707- Útiles Manuales Cadena Montaje Gefit S/X.
- » 88519- Cadena palets la Gef. S/X.
- » 88520- Cadena Pal. 2a Gef. S/X.
- » 88775- manipulador Giro y Trasl.
- » 89835-refrigerador agua.

» CUC1 MOTA-MIN 208, cadena Montaje Común D/S/X (Valor 387.000 euros). A su vez este activo total está integrado por distintos activos o elementos individuales - se identifican los números de serie aún ya riesgo de algún error ya que la copia anexa al contrato tiene partes de difícil lectura:



www.civil-mercantil.com

- » 83102- Grabadora Micro Gef. D/S/X.
- » 88521- Cadena Palet 3ª Gef. D/S/X.

» Todo ello sin perjuicio de que deba reflejarse el derecho de uso de las mismas, así como las consecuencias de la acción de reintegración ejercitada.

» Se rechazan las pretensiones referidas a la calificación del crédito de la instante del incidente, crédito que se mantendrá como subordinado por ser KOXKA TECNOLOGIES S.L.U. persona jurídica especialmente relacionada con la deudora al formar parte ambas de un mismo grupo.

» No hay condena en costas».

Segundo. Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Koxka Technologies S.L. La administración concursal de Cubigel Compressors S.A.U. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 303/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 449/2013 en fecha 11 de diciembre, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Koxka Technologies SLU, contra la sentencia de 3º (sic) de octubre de 2012, que revocamos. En su lugar, estimamos la demanda interpuesta por Koxka Technologies S.L.U. contra Cubigel Compressors S.L.U y la administración concursal, ordenando se incluya el crédito de la actora como ordinario. Sin imposición de las costas de esta alzada y con devolución del depósito».

Tercero. Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- D. Jacinto, administrador concursal de Cubigel Compressors S.A.U., interpuso recurso de casación

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Infracción del art. 92.5º de la LC, puesto en relación con el art. 93.2.3º LC y disposición adicional sexta».

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 personada ante la misma la parte recurrente, se dictó auto de fecha 14 de octubre de 2015, que admitió el recurso. La parte recurrida no se personó ante esta sala.

3.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antecedentes del caso

1.- En el concurso de acreedores de Cubigel Compressors S.A.U. (en lo sucesivo, Cubigel) la administración concursal calificó el crédito de Koxka Technologies S.L.U. (en lo sucesivo, Koxka) como subordinado, con base en el art. 92.5, en relación con el 93, ambos de la Ley Concursal. El crédito tiene un importe de 2.181.710 euros, de los que 888.770,19 euros corresponden a un préstamo y 1.499.940 euros, a rentas de un contrato de arrendamiento de maquinaria.

2.- Koxka formuló demanda incidental en la que impugnó la lista de acreedores y, en concreto, la calificación de su crédito como subordinado.

3.- El Juzgado Mercantil desestimó esta impugnación. Consideró que tanto la concursada, Cubigel, como su acreedora, Koxka, son sociedades unipersonales que pertenecen al mismo grupo, denominado AIAC, en cuya cúspide aparece una persona, D. Jesus Miguel, que es titular del 65% y el 79%, respectivamente, del capital social de las sociedades tenedoras del 100% de las sociedades deudora y acreedora, respectivamente, por lo que dispone de los mecanismos societarios que le permiten adoptar cualquier decisión tanto en una como en otra sociedad. Ambas sociedades comparten el mismo administrador societario, una sociedad mercantil, que ha designado a una misma persona física como representante. Los principales ejecutivos de ambas sociedades disponen de poderes cruzados que les permiten indistintamente actuar en nombre de una u otra sociedad. Todos estos factores permiten afirmar que existe unidad de acción y una clara situación de control a partir de la cabecera del grupo.

Que Cubigel y Koxka se encuentren en una relación horizontal no impide la aplicación de la subordinación del crédito por tratarse de personas especialmente relacionadas, pues el propio art. 25.bis.3 de la Ley Concursal, al regular la competencia para conocer de los concursos acumulados de sociedades integradas en un grupo, prevé el caso en que la sociedad dominante no hubiera sido declarada en concurso y solo lo hubieran sido las sociedades filiales. El art. 93.2.3º de la Ley Concursal, al regular qué debe entenderse por personas especialmente relacionadas con el deudor, no limita dicha calificación a las sociedades que se encuentren en una relación vertical, dominante-dominada, sino que la extiende a sociedades situadas en el mismo plano, pues lo importante es que exista un control directo o indirecto sobre las sociedades, aunque las relaciones entre acreedor y deudor concursado se produzcan en el plano horizontal.

4.- Koxka interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso y calificó su crédito como ordinario.

La Audiencia Provincial consideró que tras la reforma del art. 42 del Código de Comercio por la Ley 16/2007, de 4 de julio, para determinar cuando existe grupo de sociedades se ha sustituido el criterio de la unidad de dirección por el del control societario, esto es, que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Esto excluye a los grupos paritarios.

Dado que la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, establece que a los efectos de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el art. 42.1 del Código de Comercio, la actual redacción de dicho precepto excluye de su ámbito de aplicación los grupos horizontales, paritarios o por



www.civil-mercantil.com

coordinación que se asientan en la idea de unidad de decisión. Añade la sentencia de la Audiencia Provincial:

«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 [del Código de Comercio]. 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».

Dado que la situación de control la ejerce una persona física, por lo que no consta que ninguna de las personas o sociedades integrantes del grupo, en sentido amplio, haya consolidado cuentas, no concurre el supuesto de hecho que permite calificar el crédito de Koxka como subordinado.

5.- A la sentencia de la Audiencia Provincial se formuló un voto particular. El magistrado discrepante consideró que la remisión que la Ley Concursal hace al concepto de grupo del art. 42.1 del Código de Comercio debe entenderse referida a sus principios, esto es, a la idea del control directo o indirecto, pero no a todo el contenido de la norma, como es el relativo a la exigencia de formular cuentas consolidadas. Para apreciar la existencia de grupo entre dos sociedades no es indispensable que una de ellas tenga el carácter de sociedad dominante, pues puede apreciarse la existencia de grupo entre sociedades dominadas. Lo relevante es que existe un conjunto de sociedades que actúan en el mercado bajo un control, real o potencial, directo o indirecto. Dada la finalidad tuitiva de la regulación legal del grupo de sociedades, resultaría defraudada si bastara con colocar en la cabecera a una persona física para eludir su aplicación, y recordó, a tal efecto, la mención a las personas físicas que hace el art. 42.6 del Código de Comercio. Por tanto, solo quedarían fuera del concepto legal de grupo de sociedades los grupos por coordinación, en los que no exista una situación de dominio por alguien que tenga el control de las sociedades que lo integran.

6.- El administrador concursal de Cubigel ha interpuesto recurso de casación, basado en un motivo.

Segundo. *Formulación del motivo del recurso de casación*

1.- El único motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del art. 92.5º de la LC, puesto en relación con el art. 93.2.3º LC y disposición adicional sexta».

2.- En el desarrollo del motivo, el recurrente alega que lo relevante para determinar la existencia de un grupo de sociedades es, exclusivamente, el criterio legal de control, real o potencial, directo o indirecto. La remisión que la disposición adicional sexta de la Ley Concursal hace al art. 42.1 del Código de Comercio supone que separa expresamente el concepto de grupo de sociedades desde el punto de vista concursal del concepto de sociedades para consolidación contable, pues la finalidad no es la misma. Por tal razón, se debe excluir de la remisión aquella parte de la norma que tiene como finalidad el deber de consolidar.



www.civil-mercantil.com

En el supuesto objeto del recurso, las sociedades concursada y acreedora son dos sociedades unipersonales, cuyo socio único es a su vez controlado por una persona física, que tiene el 65% y el 79%, respectivamente, de esas sociedades que a su vez constituyen el socio único de la acreedora y de la deudora concursada. Existe, por tanto, un efectivo control por parte de la sociedad acreedora sobre la concursada, al coincidir el administrador y los gestores de una y otra sociedad, que tomaban las decisiones según el interés del grupo.

Como conclusión, se alega en el recurso que la acreedora es persona especialmente relacionada con la concursada por estar integradas en el mismo grupo societario, por lo que el art. 92.5, con relación al 93.2.3º, ambos de la Ley Concursal, impone la calificación de crédito subordinado del que ostenta Koxka frente a la concursada.

Tercero. *Decisión de la sala. El grupo de sociedades a efectos del concurso. Subordinación de créditos en una situación en la que la concursada y la acreedora se encuentran sometidas al control de una persona física*

1.- Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el grupo de sociedades a efectos del concurso en las sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 134/2016, de 4 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».



www.civil-mercantil.com

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). Se extiende también a 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. Y la noción de «control» implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para ilustrar el contenido de estas facultades, sirve la mención que en la doctrina se hace al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las «combinaciones de negocios», se refiere al «control» como «el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades».

2.- Que a efectos de la Ley Concursal, la remisión al art. 42.1 del Código de Comercio suponga que solo tenga la consideración de grupo societario el que ha venido a denominarse grupo «jerárquico» y queden excluidos los grupos «paritarios», «horizontales» o «por coordinación», no supone que, para que la existencia del grupo tenga trascendencia en el concurso, necesariamente tenga que estar involucrada en el concurso la sociedad dominante, bien porque se tramiten como concursos conexos los de la dominante y de una o varias dominadas, bien porque se plantee la subordinación del crédito de la sociedad dominante en el concurso de la dominada (o del crédito de la sociedad dominada en el concurso de la dominante), o porque el acto dispositivo a título oneroso que pretende rescindirse haya sido realizado por la sociedad concursada en favor de la sociedad dominante del grupo (o, si el concurso lo fuera de la sociedad dominante, que hubiera sido realizado en favor de una sociedad dominada).

Por el contrario, son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades (bien porque los preceptos correspondientes tengan en cuenta directamente la existencia de grupo, como es el caso de los arts. 25 y 25 .bis, bien porque hagan referencia a las personas especialmente relacionadas con el deudor entre las que se encuentran las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso por preverlo así el art. 93.2.3º de la Ley Concursal , como es el caso de los arts. 71.3.1 º o 92.5 de la Ley Concursal , entre otros) también cuando las sociedades involucradas son todas ellas sociedades filiales o dominadas dentro del grupo. Así, el art. 25.bis.3 de la Ley Concursal establece reglas de competencia para el caso de acumulación de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo cuando una de las sociedades en concurso es la dominante, pero también cuando la sociedad dominante no está declarada en concurso y, por tanto, las sociedades integrantes del grupo que están declaradas en concurso son ambas sociedades filiales o dominadas.

3.- En el caso objeto del recurso, que las sociedades involucradas en el concurso (una como concursada y la otra como acreedora) no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas, no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario. Si existe control, en el sentido establecido en el art. 42.1 del Código de Comercio , hay grupo a efectos de la Ley Concursal, aunque las sociedades involucradas en la situación concursal sean ambas filiales o dominadas, y son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades.



www.civil-mercantil.com

Por tanto, esa circunstancia no sería obstáculo para que se considerara que Koxka tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada.

4.- La cuestión más controvertida que se plantea en este recurso, y que no ha sido abordada con anterioridad por esta sala, estriba en que quien ejerce el control sobre la sociedad concursada y sobre la sociedad acreedora no es una sociedad mercantil sino una persona física.

Como se ha expuesto en los antecedentes del caso, tanto la concursada, Cubigel, como su acreedora, Koxka, son sociedades unipersonales. Sus respectivos socios únicos son, a su vez, sociedades mercantiles cuyo capital social pertenece en un 65% y 79%, respectivamente, a una persona física, D. Jesus Miguel . Esta persona física dispone por tanto de los mecanismos societarios para adoptar cualquier decisión tanto en la sociedad concursada como en la sociedad acreedora, por lo que ejerce control sobre Cubigel y Koxka en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio .

Ambas sociedades comparten el mismo administrador societario, una sociedad mercantil, que ha designado a una misma persona física como representante. Los principales ejecutivos de ambas sociedades disponen de poderes cruzados que les permiten indistintamente actuar en nombre de una u otra sociedad.

Por tanto, la situación de control mediante mecanismos societarios es clara, aunque el control ejercido sobre la deudora y la acreedora por la persona física que se encuentra en la cúspide del grupo sea indirecto, puesto que se ejercita a través de otras sociedades, que son las socias únicas de las sociedades deudora y acreedora y que, a su vez, están participadas mayoritariamente por esa persona física. Pero esa persona física dispone 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.

5.- Si existe control, en este caso mediante mecanismos societarios como es la titularidad mayoritaria del capital social de las sociedades que son socias únicas de las sociedades deudora y acreedora, 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 en la disponibilidad de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, situación prevista en el art. 42.1.a del Código de Comercio como una de las que hacen presumir la existencia de control.

6.- La controversia se plantea en torno a 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.

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



www.civil-mercantil.com

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 .

9.- Las obligaciones contables de las sociedades mercantiles son diferentes de las que afectan a otros empresarios, como por ejemplo los empresarios personas físicas.

El art. 34.1 del Código de Comercio impone a todo empresario la obligación de formular las cuentas anuales de su empresa al cierre del ejercicio. De esta obligación no quedan excluidos los empresarios personas físicas, sin perjuicio de que el control que se haga del cumplimiento de esta obligación sea en la práctica mucho menor que en el caso de las sociedades mercantiles.

Pero los empresarios personas físicas no tienen obligación de dar publicidad de sus cuentas anuales. El art. 365 del Reglamento del Registro Mercantil impone a las sociedades mercantiles la obligación de dar publicidad a sus cuentas anuales mediante su depósito en el Registro Mercantil. Los empresarios individuales están exentos de esta obligación de depósito, puesto que ni siquiera es obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil, salvo que se trate de navieros (art. 19 del Código de Comercio).

La consolidación de cuentas por parte de la sociedad dominante tiene por finalidad preservar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad dominante, pues la existencia del grupo de sociedades puede distorsionar gravemente la imagen fiel de esta situación si no se consolidan las cuentas. Esta finalidad se engarza directamente con la función de la publicidad que es consecuencia del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil. Por eso se impone a la sociedad dominante la obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, a fin de que quienes los consulten puedan tener un conocimiento cabal del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la sociedad dominante. Y para determinar cuándo concurre esa obligación, el precepto define qué ha de entenderse por grupo de sociedades.

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.



www.civil-mercantil.com

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.

12.- De considerar que la remisión que la disposición adicional sexta hace al art. 42.1 del Código de Comercio para determinar el concepto de grupo societario incluye la exigencia de que quien ejerce (o puede ejercer) el control sea una sociedad, se estarían excluyendo a grupos con un protagonismo importante en la vida económica en los que tal control es ejercido por una persona física o por una fundación.

Carece de justificación que en un concurso de una sociedad integrada en un grupo en el que una de estas fundaciones o una persona física ejerce el control, otra sociedad integrada en el grupo no sea considerada como persona especialmente relacionada con la concursada, o que no se tramiten acumuladamente los concursos de dos sociedades integradas en uno de estos grupos, simplemente porque en la cabecera del grupo se encuentra una fundación o una persona física y no otra sociedad.

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.

14.- 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.

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, 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 una persona física controlaba a la deudora y a la acreedora, hasta el punto de que ambas sociedades tenían el mismo administrador y sus ejecutivos tenían poderes cruzados para actuar indistintamente en nombre de una y otra.



www.civil-mercantil.com

15.- De acuerdo con lo razonado hasta ahora, la acreedora Koxka tiene la condición de persona especialmente relacionada con la concursada porque ambas están integradas en un grupo societario, sometidas al control de una persona física. Por ello, su crédito frente a la concursada debe ser calificado como crédito subordinado.

Lo expuesto determina que la sentencia de la Audiencia Provincial deba ser revocada, el recurso de apelación, desestimado, y la sentencia del Juzgado Mercantil, confirmada.

Cuarto. Costas y depósito

1.- La estimación del recurso conlleva que no se haga expresa imposición de las devengadas en el mismo. Aunque la desestimación del recurso de casación supone, a su vez, la estimación del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de costas por las serias dudas de derecho que concurren. Todo ello conforme a los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY,

por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jacinto , Administrador concursal de Cubigel Compressors SAU, contra la sentencia núm. 499/2013 de 11 de diciembre , aclarada por auto de 4 de diciembre de 2012, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 303/2013 .

2.º- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Koxka Technologies S.L contra la sentencia de 30 de octubre de 2012 dictada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona , que confirmamos. **3.º**- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni de las del recurso de apelación Devuélvase al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso. 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.