



Roj: **STS 3652/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3652**

Id Cendoj: **28079110012020100572**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2020**

Nº de Recurso: **2035/2016**

Nº de Resolución: **610/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 610/2020

Fecha de sentencia: 13/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2035/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de León, Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2035/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 610/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 13 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de casación, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, como consecuencia de autos de incidente concursal



núm. 728/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y de lo Mercantil de León, sobre impugnación de calificación de crédito concursal.

Es parte recurrente Red de Inversiones Hispana S.L., representado por la procuradora D.^a Ana García Guarás y bajo la dirección letrada de D.^a Seila Hidalgo Gutiérrez.

Es parte recurrida la Administración Concursal de Everest de Ediciones y Distribución S.L., representada por la procuradora D.^a María Elena Carretón Pérez y bajo la dirección letrada de D. Israel Álvarez- Canal Rebaque.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Ana García Guarás, en nombre y representación de Red de Inversiones Hispana S.L., interpuso demanda de incidente concursal contra la Administración Concursal de Everest de Ediciones y Distribución S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que acuerde modificar el informe de la Administración Concursal de forma que en el mismo se incluya un crédito total a favor de Red de Inversiones Hispana, S.L. por importe total de quinientos cuarenta y ocho mil seiscientos ochenta y seis euros con noventa y ocho céntimos de euro (548.686,98 Euros) con la siguiente calificación:

" (i) Noventa y dos mil seiscientos cuatro euros (92.604 Euros) como crédito contra la masa de acuerdo con lo estipulado en los arts. 61.2 y 84.2.5º de la LC.

" (ii) Cuatrocientos cincuenta y seis mil ochenta y dos euros con noventa y ocho céntimos de euro (456.082,98 Euros) como crédito ordinario de acuerdo con lo estipulado en el art. 89.3 de la LC".

2.- La demanda, fechada el 8 de octubre de 2015, fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y de lo Mercantil de León, fue registrada con el Incidente Concursal núm. I96-2, Concurso 728/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María Elena Carretón Pérez, en representación de la administración concursal de Everest de Ediciones y Distribución S.L., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y de lo Mercantil de León, dictó sentencia 1638/2015 de 1 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"Estimo íntegramente la demanda incidental planteada por la Procuradora Ana García Guarás, en nombre y representación de Red de Inversiones Hispana S.L., en impugnación de la lista de acreedores contenida en el informe provisional elaborado por la administración concursal, quien habrá de calificar como crédito ordinario el derivado del contrato de arrendamiento suscrito con la concursada, en relación con las rentas devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, por importe de 456.082,98 euros, y como crédito contra la masa las devengadas con posterioridad, por importe de 92.604 euros, sin que proceda pronunciamiento de condena en costas, de manera que cada parte habrá de abonar las ocasionadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la administración concursal de Everest de Ediciones y Distribución S.L. La representación de Red de Inversiones Hispana se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, que lo tramitó con el número de rollo 105/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 106/2016, de 23 de marzo, cuyo fallo dispone:

"Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la administración concursal de Everest Ediciones y Distribución, S.L., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 y Mercantil de León de fecha 1 de diciembre de 2015, en los autos de Incidente Concursal I96-2 Concurso 728/15, que revocamos y en su lugar desestimamos la demanda incidental planteada en nombre y representación de Red de Inversiones Hispana S.L., en impugnación de la lista de acreedores contenida en el informe provisional, confirmando la calificación de subordinado el crédito derivado del contrato de arrendamiento suscrito con la concursada, en relación con las rentas devengadas con anterioridad a la declaración de concurso (siendo

crédito contra la masa las rentas posteriores). Todo ello sin hacer imposición de las costas de primera Instancia y sin imponer las costas de esta alzada.

" Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir".

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- La procuradora D.^a Ana García Guarás, en representación de Red de Inversiones Hispana S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

" Primero.- Infracción, por incorrecta interpretación y aplicación, del artículo 42.1 del Código de Comercio en relación con la Disposición Adicional Sexta de la Ley Concursal (en cuya virtud, a efectos concursales, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio) y con los artículos 92.2.3º (consideración de persona especialmente relacionada del concursado a las empresas de su grupo) y 92.5º de dicho texto legal (subordinación de créditos que ostente personas especialmente relacionadas)".

"Segundo.- Infracción, por incorrecta interpretación y aplicación, del apartado segundo del art. 93.2.1º de la Ley Concursal en relación con el art. 93.1.4º de dicha ley, todo ello, a los efectos de subordinación previstos en el art. 92.5º de la misma. El Tribunal de apelación entiende que el apartado segundo del art. 93.2.1º de la Ley Concursal -sobre los socios de la concursada que sean personas naturales- incluye a los socios de ésta que lo fueran de forma directa e indirecta. Sin embargo, esta parte entiende que, al no haber distinción expresa en la Ley -distinción que sí hace el apartado anterior de dicho precepto- se refiere solamente a los socios personas naturales que lo fueran de forma directa. La aplicación de una u otra interpretación es determinante para la calificación del crédito analizado".

"Tercero.- Infracción, por incorrecta interpretación y aplicación, del art. 92.5º de la Ley Concursal. El Tribunal de apelación no aplica la dispensa a la subordinación que sí debe aplicar a los créditos de empresas del grupo que tengan una naturaleza distinta a los préstamos".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 26 de septiembre de 2018, que inadmitió los motivos primero y segundo, admitió el motivo tercero del recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La Administración Concursal de Everest de Ediciones y Distribución S.L., se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de noviembre de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- En el concurso de Everest de Ediciones y Distribución S.L. en liquidación fue reconocido un crédito por importe de 456.082,92 euros en favor de Red de Inversiones Hispania S.L. (en lo sucesivo, Red de Inversiones Hispania), correspondiente a las rentas de un arrendamiento devengadas antes de la declaración de concurso. La administración concursal calificó dicho crédito como subordinado por considerar que Red de Inversiones Hispania era una persona especialmente relacionada con la concursada por estar integrada en el mismo grupo de sociedades que la concursada.

2.- Red de Inversiones Hispania impugnó dicha calificación y solicitó, entre otros extremos, que ese crédito fuera calificado como ordinario. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y Mercantil de León estimó esa impugnación. Negó que la concursada y la acreedora estuvieran integradas en el mismo grupo de sociedades y calificó el crédito como ordinario.

3.- La administración concursal apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó la apelación. Consideró que la concursada y la acreedora eran personas jurídicas especialmente relacionadas porque formaban parte del mismo grupo de sociedades. Asimismo, la Audiencia Provincial consideró que no era aplicable la excepción que la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo en el art. 92.5 de la Ley Concursal, conforme a la cual se excluyó de la subordinación prevista en tal precepto "los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican", pues en este caso,



aunque había un socio que tenía el control de las sociedades, no era el acreedor, ya que la acreedora era otra sociedad del grupo.

4.- Red de Inversiones Hispania interpuso recurso de casación basado en tres motivos. Solo ha sido admitido el tercero de los motivos formulados.

5.- La cuestión que se plantea en el recurso admitido ha sido ya resuelta en la sentencia 125/2019, de 1 de marzo, con relación al mismo acreedor y en el concurso de otra sociedad del mismo grupo. Los argumentos de este recurso coinciden con los que se expusieron al formular el recurso anterior resuelto en aquella sentencia, y la sala no encuentra motivos para apartarse de lo que en la anterior sentencia se resolvió.

SEGUNDO.- *Formulación del motivo*

1.- En el encabezamiento del tercer motivo del recurso de casación, único admitido, se denuncia la infracción del art. 92.5 de la Ley Concursal.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se habría cometido al no aplicar la Audiencia Provincial la dispensa de subordinación que debe aplicarse a los créditos de empresas del grupo que tengan una naturaleza distinta a los préstamos, como resulta de una interpretación teleológica de la norma.

3.- Según la tesis sostenida en el recurso, el crédito que la recurrente, sociedad perteneciente al mismo grupo que la concursada, tiene frente a esta, debe calificarse como ordinario con base en ese inciso final del art. 92.5.º de la Ley Concursal, conforme al cual se excluyen de la calificación de crédito subordinado "los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican".

4.- La recurrente sostiene que una interpretación teleológica de este precepto debe incluir como créditos excepcionados de la subordinación a los créditos no financieros de los que son titulares las sociedades del grupo.

TERCERO.- *Decisión del tribunal. Calificación del crédito concursal por rentas de las que es acreedor otra sociedad del grupo*

1.- En su redacción original, el art. 92.5.º de la Ley Concursal establecía que eran créditos subordinados "los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número 1.º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural".

2.- Conforme a esta regulación, eran créditos subordinados aquellos de los que fueran titulares las personas especialmente relacionadas con el concursado, salvo los créditos por salarios que gozarán del privilegio general del art. 91.1.º de la Ley Concursal cuando el concursado fuera una persona natural.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, y en lo que aquí interesa, cuando el concursado era una persona jurídica (y, en concreto, una sociedad mercantil), eran créditos subordinados aquellos de los que fueran titulares "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" (art. 93.2.1.º de la Ley Concursal) y aquellos de los que fueran titulares "las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios" (art. 93.2.3.º de la Ley Concursal), pues tanto unos como otros eran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

4.- Las críticas a la excesiva extensión del supuesto de hecho de dichas previsiones provocaron que en las sucesivas reformas se limitaran los supuestos de hecho de estas normas en sus aspectos temporal, objetivo y subjetivo, mediante la modificación de los apartados 1.º y 3.º del art. 93.2 o bien del art. 92.5.º, ambos de la Ley Concursal.

5.- Así, en la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, se exigió que la condición de socio con una participación significativa del art. 93.2.1.º de la Ley Concursal se tuviera "en el momento del nacimiento del derecho de crédito". Y para los socios de las sociedades del grupo mencionados en el art. 93.2.3.º, se introdujo la exigencia de que se tratara de socios con una participación significativa en los términos del art. 93.2.1.º de la Ley Concursal.

6.- La Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo en el art. 93.2.3.º de la Ley Concursal la exigencia, para que pudieran considerarse como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, de que los socios de las sociedades del grupo fueran "comunes". Y modificó el art. 92.5.º de la Ley Concursal al añadir un inciso final, de modo que quedó redactado así:



"Son créditos subordinados: [...]"

" 5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y *los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican*" (en cursiva la parte añadida en la reforma).

Esta es la redacción de los preceptos que ha tomado en consideración la Audiencia Provincial al considerar que, por razones temporales, es la aplicable para resolver el recurso.

7.- El precepto en cuestión establece dos requisitos para que sea aplicable la excepción a la previsión general de subordinación: uno objetivo, que se refiere a la naturaleza del crédito; y otro subjetivo, relativo al titular del crédito.

8.- El requisito objetivo consiste en que se trate de "créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad". Entre los créditos derivados de "préstamos o actos con análoga finalidad" pueden incluirse los créditos destinados a la financiación del concursado, bien por la naturaleza jurídica del negocio (préstamos, créditos, descuento, leasing, etc.), bien porque, pese a no tratarse propiamente de un negocio de financiación, se esté encubriendo un negocio cuya finalidad económica sea la financiación del concursado.

9.- En el presente caso, podemos considerar que se cumple el requisito objetivo exigible para aplicar la excepción, porque un crédito por rentas pendientes de pago no puede considerarse, en principio, como un crédito derivado de un préstamo o acto con análoga finalidad.

10.- El requisito subjetivo consiste en que el titular del crédito sea una persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica de las previstas en el artículo 93.2.1.º y 3.º de la Ley Concursal, esto es, socios de la sociedad concursada (o comunes a otras sociedades del grupo) que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales o sean titulares de los porcentajes de participación en el capital social que en esos preceptos se indican.

11.- La interpretación de las normas permite obtener el significado correcto de las mismas mediante la aplicación de los criterios establecidos, en nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 3.1 del Código Civil. Tales criterios de interpretación no permiten incluir en el elemento subjetivo de la excepción a la regla general de la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica, contenida en el inciso final del art. 92.5.º de la Ley Concursal, a las sociedades integradas en el mismo grupo que la concursada, puesto que dicha excepción se circunscribe exclusivamente a los socios con una participación significativa a que hacen referencia los arts. 93.2.1.º y 3.º de la Ley Concursal. La dicción de la norma es suficientemente clara y precisa.

12.- Se argumenta en ocasiones que dicha excepción debería extenderse a las sociedades integradas en el mismo grupo por existir "identidad de razón" con los socios con una participación significativa. Con este argumento se está haciendo referencia claramente a la técnica de la analogía prevista en el art. 4.1 del Código Civil.

13.- Como ha declarado este tribunal en sentencias como la 514/2012, de 20 de julio, y las anteriores que en ella se citan, para aplicar la analogía es necesario, en primer lugar, la existencia de una verdadera laguna legal o, como dice el art. 4.1 del Código Civil, que las normas "no contemplen un supuesto específico"; en segundo lugar, es exigible la similitud jurídica esencial entre el supuesto que se pretende resolver, que no está previsto en las normas, y el ya regulado por estas, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados; esto es, la "identidad de razón" exigida por el art. 4.1 del Código Civil.

14.- En el presente caso, no concurren los requisitos necesarios para aplicar analógicamente la norma prevista para los créditos concursales de que son titulares los socios con una participación significativa a aquellos de que son titulares las sociedades del mismo grupo que la concursada.

15.- No existe laguna legal. El art. 93.2.3.º de la Ley Concursal considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. El art. 92.5.º de la Ley Concursal establece una regla general: son créditos subordinados aquellos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. Y establece algunas excepciones concretas a esta regla general, en las que no se encuentran los créditos de los que fueran titulares las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

16.- El supuesto de hecho (los créditos de que son titulares otras sociedades del grupo) se encuentra adecuadamente regulado en lo que se refiere a la calificación concursal del crédito, puesto que queda



englobado en la regla general que prevé la subordinación de los créditos de que son titulares las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, y queda fuera de las dos únicas excepciones a esa regla, siendo de aplicación el aforismo *exclusio unius, inclusio alterius*.

17.- Tampoco existe identidad de razón. Si bien existen algunas razones comunes en la justificación de la subordinación de los créditos de socios con una participación significativa y de sociedades del grupo, como las hay en la subordinación de todas las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica (mayor información, capacidad de influencia), existen también diferencias entre las razones que justifican la subordinación de los créditos de unos y otros acreedores.

18.- La opción de constituir un grupo de sociedades en vez de una sola sociedad con distintos departamentos o establecimientos es legítima, pero la ley ha considerado que las sociedades del grupo que tengan la condición de acreedoras no deben participar en el concurso en condiciones de igualdad con los acreedores externos y que, en consecuencia, los integrantes de ese grupo de sociedades no deben tener derecho a cobrar su crédito en las mismas condiciones que los acreedores externos, ni se les debe otorgar la posibilidad de conformar la mayoría que apruebe el convenio concursal de la integrante del grupo de sociedades declarada en concurso.

19.- Ante la imposibilidad de que el concursado satisfaga regularmente los créditos de todos sus acreedores, la norma vigente asigna un menor valor a los créditos de que son titulares otras sociedades del grupo porque, al constituir este una unidad económica, una "empresa policorporativa", la satisfacción de los créditos que el concursado tiene con las sociedades de su grupo puede suponer un beneficio indirecto para el propio deudor, al repercutir en beneficio de una sociedad integrada en el mismo grupo que el deudor.

20.- Además, las operaciones que antes de la declaración de concurso haya realizado la futura concursada con otras sociedades de su grupo, de las que resulten créditos para estas, pueden responder no solo a la satisfacción de sus propias necesidades, sino también a la finalidad de satisfacer el interés del grupo y beneficiar a las sociedades integrantes del mismo, lo que hace que, una vez declarado el concurso, estas deban situarse en un plano diferente, subordinado, respecto de los acreedores externos.

21.- En el nuevo texto refundido de la Ley Concursal se mantiene la misma regulación. El art. 281.2.3.º sigue excluyendo de la calificación de subordinados, como excepción a la regla general que considera subordinados "[l]os créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado" (art. 281.1.5.º), a los créditos que no procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad, de que sean titulares los socios que reúnan las características y condiciones de los apartados 1.º y 4.º del art. 283.1. Pero sigue sin incluir en esa excepción a los acreedores previstos en el apartado 3.º de dicho art. 283.1, que son "[l]as sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso".

22.- Por tanto, ni la regulación aplicable al supuesto objeto del recurso ni la regulación actual permiten excluir los créditos de las sociedades del grupo de la regla general de la subordinación.

CUARTO .- *Costas y depósito*

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Red de Inversiones Hispana S.L. contra la sentencia 106/2016, de 23 de marzo, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, en el recurso de apelación núm. 105/2016.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como acordar la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.