



Roj: **STS 2513/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2513**

Id Cendoj: **28079110012017100381**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **2097/2014**

Nº de Resolución: **392/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 21 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 136/2014 de 2 de junio, aclarada por Auto de 16 de julio de 2014, dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, como consecuencia de los autos de incidente concursal núm. 824/2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Ciudad Real, sobre impugnación de calificación de créditos en la lista de acreedores. Los recursos fueron interpuestos por Banco de Castilla La Mancha S.A., representado por el procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque y asistido por la letrada D.ª Mercedes González de Estada Álvarez- Montalvo. Son partes recurridas CR Aeropuertos S.L. en liquidación representada por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz y asistida por el letrado D. Jesús Barroso Crespo y la Administración Concursal de CR Aeropuertos S.L. en liquidación, representada por la procuradora D.ª María del Carmen Montes Baladrón y asistida por el letrado D. Francisco Pérez Pérez.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** La procuradora D.ª María Luisa Ruiz Villa, en nombre y representación de Banco de Castilla La Mancha S.A., interpuso demanda incidental de impugnación del informe de la administración concursal, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que, en primer lugar, declare que no existe especial relación de mi mandante con la concursada y, en consecuencia, declare que los créditos de mi mandante frente a la concursada comunicados como ordinarios y privilegiados deben ser calificados ordinarios y privilegiados y no como subordinados; y, en segundo lugar, declare subsistente la garantía real a la que se refiere el último hecho de esta demanda».

**2.-** La demanda fue presentada el 16 de noviembre de 2010 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y Mercantil de Ciudad Real y fue registrada con el núm. 824/2009. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

**3.-** Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, en calidad de coadyuvante, contestó a la demanda y solicitó su desestimación, con expresa condena en costas.

La Administración concursal de CR Aeropuertos S.L. contestó a la demanda y solicitó su desestimación con imposición de costas a Banco de Castilla-La Mancha S.A.

CR Aeropuertos S.L. contestó a la demanda en la que solicitó:

«[...] se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones articuladas por la instante del incidente, la entidad Banco de Castilla La Mancha, y en su consecuencia, se declare no haber lugar a la calificación de los créditos



como ordinarios, e igualmente se proceda a la declaración de extinción de las garantías reales conforme a lo establecido en el artículo 97.2 LC ; y, en todo caso, sean impuestas las costas procesales, no solo por criterio del vencimiento, sino por temeridad y mala fe manifiestas».

Por diligencia de ordenación de 11 de julio de 2012 se tuvo por parte en el procedimiento al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, sin retrotraer las actuaciones.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Ciudad Real, dictó sentencia de fecha 6 de agosto de 2012 , que desestimó la demanda sin hacer expresa imposición de costas.

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco de Castilla La Mancha S.A. Las representaciones de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, de la Administración Concursal de CR Aeropuertos S.L. y de la mercantil CR Aeropuertos S.L. se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que lo tramitó con el número de rollo 360/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 136/2014, de 2 de junio , que desestimó el recurso de apelación con imposición de costas a la parte apelante.

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª María Luisa Ruiz Villa, en representación de Banco Castilla La Mancha S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al incurrir la sentencia de la Audiencia Provincial en motivación irrazonable, al afirmar que mi parte niega su relación con CCM Corporación y, considerando a CCM y CCM Corporación Grupo de Sociedades, al aplicar el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal ».

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia infracción del artículo 93.2.1º de la Ley Concursal , en relación con el artículo 92.5º de la misma Ley , por considerar que CMM (antes BCM) es persona especialmente relacionada con la concursada Cr Aeropuertos, subordinando sus créditos».

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 2 de diciembre de 2015, que inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal, condenando al pago de las costas del recurso y, admitió el recurso de casación, acordando dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- CR Aeropuertos S.L. en liquidación y, la Administración Concursal de CR Aeropuertos SL presentaron sendos escritos de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de junio de 2017, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Antecedentes del caso*

1.- En el concurso de CR Aeropuertos S.L. (en lo sucesivo, CR Aeropuertos) Caja Castilla La Mancha (en lo sucesivo, CCM), actual Banco de Castilla La Mancha (en lo sucesivo, BCM), comunicó a la administración concursal créditos ordinarios contingentes por importe de 3.714.268,19 euros, créditos ordinarios por importe de 109.889.940,59 euros, créditos con privilegio especial por importe de 60.088.587,26 euros y créditos subordinados por importe de 4.850.641,38 euros.

2.- En la lista de acreedores presentada por la administración concursal junto con su informe, se reconoció a CCM créditos subordinados por importe de 178.543.437,42 euros, de los que 3.714.268,19 euros tenían el



carácter de crédito contingente. La razón de la subordinación de su crédito fue que CCM era una persona jurídica especialmente relacionada con la concursada.

**3.-** BCM presentó demanda de incidente concursal en la que impugnó la lista de acreedores y solicitó que no se aplicara la subordinación de todo su crédito puesto que no era persona especialmente relacionada con la concursada y que se declarara subsistente la garantía real constituida en garantía de parte de su crédito.

**4.-** La juez del concurso desestimó la demanda. En lo que aquí interesa, declaró que cuando nació el crédito, CCM ostentaba algo más del 6% de las participaciones sociales de CR Aeropuertos S.L. y por medio de CCM Corporación S.A. (en lo sucesivo, CCM Corporación) otro 30% más. En diversos documentos contables se incluía a CCM Corporación como sociedad integrada en el grupo pues CCM tenía el **100%** de sus participaciones sociales y a CR Aeropuerto S.L. como entidad asociada al grupo pues tal grupo ostentaba la titularidad del 36,43% de las participaciones sociales.

**5.-** BCM recurrió en apelación la sentencia de la juez del concurso. El tribunal de apelación confirmó la sentencia de primera instancia por considerar correctas las razones expresadas en esta.

**6.-** BCM ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El recurso extraordinario por infracción procesal no ha sido admitido, mientras que el recurso de casación sí lo ha sido.

**7.-** Las alegaciones formuladas por Aeropuerto CR y por la administración concursal sobre la concurrencia de causas de inadmisibilidad del recurso de casación son inconsistentes, pues la cuestión fundamental planteada en el recurso, si CCM supera el 10% de participación social en la concursada y por tanto es persona especialmente relacionada con el deudor en aplicación del art. 93.2.1º de la Ley Concursal, no es de naturaleza fáctica, sino eminentemente jurídica, y el recurso está correctamente formulado desde el punto de vista de la técnica casacional.

Ciertamente, tanto la recurrente como las recurridas realizan alegaciones en las que modifican la base fáctica fijada en la instancia, pero tales alegaciones no pueden ser tomadas en consideración, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. No obstante, para abordar la cuestión fundamental planteada en el recurso no es preciso modificar tal base fáctica.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del recurso de casación*

**1.-** El encabezamiento del recurso de casación es del siguiente tenor:

«Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción del artículo 93.2.1º de la Ley Concursal, en relación con el artículo 92.5º de la misma Ley, por considerar que CMM (antes BCM) es persona especialmente relacionada con la concursada Cr Aeropuertos, subordinando sus crédito».

**2.-** En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que el art. 93.2.1º de la Ley Concursal, en la redacción vigente cuando se declaró el concurso, no preveía agregar a la titularidad directa de un socio la titularidad indirecta que puede ostentar dicho socio a través de una sociedad interpuesta, y hacerlo supone una aplicación incorrecta de la teoría del levantamiento del velo, pues CCM Corporación nunca fue utilizada para fines espurios o defraudatorios.

#### **TERCERO.-** *Decisión del tribunal. La participación indirecta en el capital de la sociedad concursada y la subordinación del crédito*

**1.-** La redacción del art. 93.2.1º de la Ley Concursal cuando se declaró a CR Aeropuerto en concurso y cuando se presentó por la administración concursal el informe de los arts. 74 y 75 de la Ley Concursal era la siguiente:

«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, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera».

**2.-** El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, redactó el precepto del siguiente modo:

«2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

»1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad



declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera».

**3.-** El artículo único, apartado uno, número 4 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que entró en vigor el siguiente 27 de mayo, redactó el precepto en los siguientes términos:

«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, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

Conforme a la disposición transitoria primera, número 2, de dicha ley, lo dispuesto en la nueva redacción del art. 93.2.1º de la Ley Concursal «será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya presentado el texto definitivo del informe de la administración concursal».

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 96.4 de la Ley Concursal (actualmente, 96.5), dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes.

**4.-** Como alega CR Aeropuerto en su escrito de oposición al recurso, el régimen de Derecho transitorio del precepto, tal como ha quedado redactado en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que prevé que la participación del socio acreedor en el capital social de la sociedad concursada pueda ser directa o indirecta, pone de manifiesto que lo operado por la reforma en este extremo no ha sido propiamente una modificación de la situación legal anterior sino una aclaración del sentido de la norma y ha despejado las dudas que pudieran existir sobre si esa participación en el capital social de la concursada debía ser directa o podía ser también indirecta, a través de otra sociedad controlada por el acreedor.

En consecuencia, la solución adoptada en la instancia fue correcta, puesto que la suma de la participación social directa de CCM en el capital social de CR Aeropuerto e indirecta, a través de la sociedad CCM Corporación, controlada por CCM, superaba ampliamente el 10% cuando nació el crédito, y el recurso debe ser desestimado.

#### **CUARTO** .- *Costas y depósitos*

**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 para la interposición de tal recurso de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

#### **esta sala ha decidido**

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Banco de Castilla La Mancha S.A., contra la sentencia núm. 134/2014 de 2 de junio dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en el recurso de apelación núm. 360/2013. **2.º-** Imponer al recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido para interponerlo. 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.