

En la Villa de Madrid, a diez de agosto de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto de 3.8.2011 de éste Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid se acordó, previa habilitación de todos los días y horas del mes de agosto, dentro del proceso concursal de CLESA, S.L., requerir de inhibición por falta de competencia objetiva y funcional al Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de los de Barcelona; remitiendo atento Oficio por fax y por el conducto ordinario.

SEGUNDO.- Por Auto de 5.8.2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona se ha procedido a rechazar dicho requerimiento de inhibición y consiguiente suspensión del proceso de venta de bienes y derechos de la concursada Cacaolat, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

Son antecedentes necesarios para encuadrar el planteamiento de la presente cuestión de competencia:

1.- Que en virtud de solicitud de concurso voluntario la mercantil Cacaolat, S.A., perteneciente al grupo por unidad de decisión conocido como "Nueva Rumasa", se obtuvo Auto de 31.3.2011 declarando dicho estado concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona en proceso núm. 205/11;

2.- Que en virtud de solicitud de concurso voluntario la mercantil "Clesa, S.L.", perteneciente al grupo por unidad de decisión conocido como "Nueva Rumasa", se obtuvo Auto de 30.5.2011 declarando dicho estado concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid en proceso núm. 239/11.

3.- Que habiéndose adoptado en Cacaolat, S.A. la intervención de facultades y el Clesa, S.L. la suspensión de las facultades del órgano de administración, resulta que la Administración concursal de Clesa, S.L. tiene el 95% de los derechos políticos y de voto en la sociedad Cacaolat, S.A.; oponiéndose el accionista mayoritario a la venta global de la totalidad de las unidades productivas en fase común del concurso, así como a que dicha liquidez entre exclusivamente en el patrimonio de Cacaolat, S.A. al ser más perentoria su necesidad en Clesa, S.L. para atender a créditos contra la masa de ineludible e improrrogable plazo;

4.- Que por escrito de 4.7.2011 de la Administración concursal de la mercantil Clesa, S.L. ante el Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid, se solicitó la acumulación al presente del concurso seguido por Cacaolat, S.A. en el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona con núm. 205/11; acordándose por Providencia de 5.7.2011 de conformidad con el art. 88.3 L.E.Civil, poner en conocimiento del Juzgado Mercantil de Barcelona dicha solicitud y su admisión a trámite, requiriéndole para que se abstuviera de dictar resoluciones definitivas en dicho proceso y en especial para el dictado de

resolución definitiva de autorización de bienes y derechos de la concursada Cacaolat, S.A. participada mayoritariamente en un 95% por Clesa, S.L.; siendo remitido dicho Oficio por fax y por conducto ordinario; no habiéndose dictado el Auto del art. 89 L.E.Civil por la presencia del periodo vacacional.

5.- Que dentro del proceso concursal seguido por Cacaolat, S.A. por Autos de 17.6.2011 y 20.7.2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona se ha procedido a autorizar el proceso de venta de la totalidad del inmovilizado inmaterial (marcas y demás títulos de propiedad industrial) y material (equipos, instalaciones, maquinaria, existencias, "know-how", etc.) de la mercantil Cacaolat, S.A., valorando dichos activos, unidos esencialmente a su actividad productiva al constituir todo su soporte tangible e intangible, como unidades productivas y un todo unitario, lo que supondría la absoluta imposibilidad de la continuación de la actividad empresarial y de comercialización a que ha venido dedicándose la concursada.

6.- Que dentro del proceso concursal seguido por Clesa, S.L., por Auto de 3.8.2011 (-habilitado el mes de agosto a estos fines-) del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid se ha procedido a la autorizar el proceso de venta del 95% de las acciones de la mercantil Cacaolat, S.A. y titularidad de la concursada Clesa, S.L., en cuanto inversión financiera no esencial para la eventual continuación de la actividad empresarial de la concursada, estando dirigida dicha liquidez al abono de créditos contra la masa consistentes en las indemnizaciones por despido o extinción colectiva de relaciones de trabajo de los trabajadores de la unidad productiva de Clesa, S.L. en Madrid, que se adeudan en su integridad en virtud de Auto definitivo de 29.7.2011;

7.- Que estimando éste Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid que la superposición de los procesos de venta de todas las unidades productivas de la sociedad dominada y la participación mayoritaria del 95% de la sociedad dominada (Cacaolat, S.A.) supone la doble valoración de idénticos elementos intangibles tenidos en cuenta por todos los métodos económicos de valoración de unidades productivas y participaciones mayoritarias (expectativas, beneficios futuros, flujos de caja, marcas, proyectos de futuro, etc.) como de elementos tangibles (existencias, maquinaria, instalaciones), con anulación o minoración recíproca del valor de los bienes según se opte por la venta de las participaciones o de las unidades productivas y medios de producción en su totalidad, por Auto de 4.8.2011 de éste Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid se declaró la competencia objetiva y funcional para el conocimiento del proceso de venta de la globalidad de las unidades productivas iniciado por el Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona; y comunicado vía fax, por Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5.8.2011 se rechazó dicha inhibición por incompetencia en base a las razones expuestas en la Resolución que se acompaña.

8.- Que en igual fecha por acuerdo entre los cuatro oferentes para la adquisición de las unidades productivas de Cacaolat, S.A. y por la Administración concursal, han acordado de mutuo acuerdo modificar el contenido del Auto de 20.7.2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona, reduciendo los plazos de venta acordados judicialmente para acelerar con ello el proceso de venta iniciado;

SEGUNDO.- Planteamiento de la cuestión de competencia.

A.- Como se razona en el Auto de éste Juzgado de 4.8.2011 es un hecho innegable desde el punto de vista económico que en el proceso de venta de la participación mayoritaria de Cacaolat, S.A. y la venta de la integridad y totalidad de las unidades productivas y marcas de la citada sociedad (-liquidando en fase común del concurso y convirtiendo en dinero la totalidad de los bienes y derechos con adquisición en bloque por un solo adquirente-) se solapan y superponen con la valoración de idénticos elementos tanto materiales como inmateriales o intangibles a tener en cuenta en la determinación del precio de ambos activos; de tal modo que haciendo imposible la continuación de la actividad ordinaria de la concursada Cacaolat, S.A. el valor en venta de la totalidad de sus activos equivale al valor atribuible a los elementos del activo tenidos en cuenta para valorar dicha participación mayoritaria; con la indeseable consecuencia que su consumación en proceso separado anulará o minorará el valor de aquellas acciones, sin proceder a más análisis que las posiciones activas del balance, con omisión de sus pasivos en supuesto de sociedades de grupo de unidad de decisión.

B.- En efecto, resulta del propio informe provisional de la Administración concursal de la mercantil Cacaolat, S.A, que "...Desde el 1 de enero de 2010, la Sociedad mantenía con su accionista único Clesa, una cuenta corriente en la que se registraban transacciones de diversa naturaleza. Una parte muy significativa de estas operaciones no corresponden a transacciones comerciales, tal y como se explica más adelante. Adicionalmente, como se describe en el apartado "Efectivo y otros activos líquidos equivalentes" del presente informe, Clesa contaba con determinados empleados con poderes suficientes para operar con las cuentas corrientes de la Concursada. En concreto, el único empleado de Clesa apoderado en las cuentas era D. Fernando, Director Financiero. Durante la mayor parte del período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y 31 de marzo de 2011, la posición neta de la Sociedad ha sido deudora sin que se haya saldado el derecho de cobro, ocasionando graves problemas en la tesorería que han puesto en peligro la continuidad de las operaciones en los meses anteriores a la declaración de concurso. En este apartado se incluirá también el análisis de la cuenta financiera con otra sociedad del grupo, Bardajera que, como explicaremos, ha tenido un único movimiento muy significativo a finales de 2010 que ha modificado el saldo a cobrar con Clesa, sin que dicho movimiento tuviera una justificación comercial..." (pág. 97 del informe)..."; del mismo modo consta en dicho informe que

"...2. Transacciones CLESA: En este epígrafe se registran transacciones con origen comercial y otras que son debidas al pago a Clesa por pagos que está realizado por activos que fueron entregados a la Sociedad en el momento de la segregación, siendo aún Clesa la titular de la financiación de dichos activos. A continuación se detalla el tipo de las operaciones recogidas en esta cuenta durante el periodo comprendido entre enero de 2010 y marzo de 2011:

- Refacturaciones de compras de activo de Clesa a Cacaolat.
- Venta de existencias en la segregación de Clesa a Cacaolat.

- Venta de producto de Clesa a Cacaolat.
- Servicios prestados de Clesa a Cacaolat.
- Venta de mercaderías de Cacaolat a Clesa.
- Servicios prestados de Cacaolat a Clesa. No existe ningún movimiento real de efectivo por estas operaciones, siendo sus importes incluidos dentro de la cuenta financiera compensando el saldo correspondiente al resto de operaciones registradas. Las compras a Clesa habidas durante el primer trimestre de 2010 se deben, principalmente, al pago de parte de los activos traspasados en la segregación, como existencias e inmovilizado material. Se observa un descenso de las compras a Clesa a partir del tercer trimestre del 2010 que se acentúa en el primer trimestre del 2011. Esto es debido al descenso de la producción y posterior paro en la producción de Clesa a partir del cuarto trimestre de 2010, siendo principal proveedor de Cacaolat, lo que desencadenó en un problema de falta de suministro de productos a Cacaolat que no se ha podido revertir...” (pág. 99 del informe); manifestándose en igual informe que”...3. Pagos intragrupo Los movimientos registrados en esta cuenta se deben, principalmente, a pagos y cobros realizados a favor de Clesa por la Sociedad y viceversa. Para la Sociedad, aquellos que implican un movimiento en la tesorería son los pagos realizados y cobros recibidos a favor de Clesa siendo el resto anotaciones que netean en la propia cuenta. Del análisis realizado, destacan pagos directos de nóminas a empleados de Clesa, pagos directos de nóminas a empleados de Royne, pagos directos a proveedores de Clesa, y el cobro de clientes que no mantienen relaciones comerciales con la Sociedad. El importe de las nóminas pagadas a empleados de Clesa fue de 1.655 miles de euros y 130 miles de euros en los ejercicios 2010 y 2011 aproximada y respectivamente...” (pág. 100 del informe); para concluir que

”...En consecuencia, parece claro que, ante un descenso paulatino de la producción por parte de Clesa de productos para Cacaolat, que comenzó a sufrir descensos significativos a partir del cuarto trimestre de 2010, el saldo a cobrar de la Sociedad frente a su accionista principal Clesa no sólo no disminuye, sino que se incrementa con el paso del tiempo. En consecuencia, podemos afirmar que la Sociedad ha estado financiando a Clesa a pesar de estar afrontando serias tensiones de tesorería. El importe total que hemos considerado que Clesa adeuda a Cacaolat asciende a 10.094.760 euros, y es el importe agregado de los siguientes importes:

- 9.824.437 euros, deuda de Clesa con Cacaolat considerando el saldo total de la cuenta corriente con Clesa y el la deuda registrada con Bardajera, cuya última operación de compensación de saldo de Clesa no se corresponde con una operación real con Bardajera, sino tan solo un traspaso de fondos en nombre de Clesa.
- 267.323 euros, que hemos identificado en la cuenta de “Clientes”, que Clesa ha cobrado a Clientes de Cacaolat, y que correspondería clasificar a la cuenta corriente de Cacaolat con Clesa. (Ver análisis en epígrafe ”Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar”, en la parte correspondiente a ”Cobros a través de sociedades del Grupo”).

- 3.000 euros de comisión cobrada a Cacaolat por el ingreso del cheque de 9 millones de euros por la venta del 5% de las participaciones de Cacaolat a Esteve Cavaller, S.L. ..." (págs.. 101 y 102 del informe); pero tal cifra la obtiene la Administración concursal al sostener y concluir que "...Esta partida se analiza con mayor detalle, tanto en su evolución como en su composición, en el apartado "Análisis de la cuenta financiera – Clesa y Bardajera" del presente informe junto con la cuenta financiera mantenida con su accionista mayoritario Clesa. A pesar de que la Sociedad ha contabilizado la transferencia realizada a Bardajera como una Inversión Financiera a Corto Plazo con dicha Sociedad, reduciendo el saldo a cobrar a Clesa por el mismo importe, esta Administración Concursal considera que en realidad este importe es simplemente mayor importe a cobrar de Clesa. En consecuencia, hemos considerado que el importe de 8.897 miles de euros traspasados a Bardajera en realidad corresponden a un activo a cobrar de Clesa, por lo que el importe neto con Bardajera sería una cuenta a pagar de 26 miles de euros..." (pág. 104 del informe).

Resulta de tales posiciones entrecruzadas, pagos directos, segregación de activos y pasivos (-a valores contables y no de mercado-) de Clesa, S.L. para constituir Cacaolat, S.A., el mantenimiento de obligaciones financieras por Clesa, S.L. a favor de Cacaolat, S.A., la existencia de operaciones de compra y venta entre las mismas, con serios indicios de la existencia de desvíos de los mismos a otras sociedades del grupo, que el examen, estudio, proposición y venta simultánea de la totalidad de activos de la sociedad dominada mediante su completa liquidación en fase común y del 95% de las acciones de la misma sociedad participada, no debe abordarse desde la simple realización de dichos bienes por su titularidad formal, sin examinar (-al menos indiciariamente-) la realidad y posición de dichos bienes en las sociedades del grupo, y su significación en los activos y pasivos de cada una de ellas y del grupo en su totalidad; y ello máxime cuando de los datos transcritos y valoraciones de la Administración concursal de Cacaolat, S.A. resulta que ésta estuvo financiando la actividad industrial de Clesa, S.L. cuando la situación financiera y económica de Cacaolat, S.A. era difícil y complicada, así como (-y esto resulta de esencial relevancia-) cuando el precio de la venta del 5% de accionariado de Clesa, S.L. a favor de tercero fue entregado a Cacaolat, S.A. a través de Bardajera, sin entrar en el patrimonio de Clesa, S.L.; visión global y perspectiva de conjunto que sólo ostenta la Administración concursal de la sociedad dominante y el Juez del concurso de la sociedad dominante, cual es Clesa, S.L.

C.- Pero aún más, es la posición de la sociedad dominante, la Administración concursal de ésta y el Juez del concurso de la misma (-a la que alude la Ley Concursal en materia de competencia objetiva (art. 10 L.Co.) y acumulación de solicitudes y de autos (arts. 3 y 25 L.Co.)-), quienes se encuentran en mejor posición económica y procesal para la determinación de la conveniencia de la venta de una empresa dominada mediante la enajenación de su accionariado al ser inversión financiera o de la totalidad de sus unidades productivas, al suponer ésta la utilización de la futura posibilidad de continuar con la actividad empresarial ordinaria; determinando igualmente el patrimonio social al que debe dirigirse el precio de la venta y qué proceso presenta mayores gastos perentorios, créditos contra la masa de ineludible pago, líneas de producción a mantener o extinguir o reducir, centros a

conservar o cerrar, etc., lo que exige (-a la vista de los complejos antecedentes antes reflejados y recogidos en el informe provisional de la Administración concursal de Cacaolat, S.A.-) una completa visión y un extenso examen de las realidades de ambas sociedades, sin poder atender al devenir económico de una de ellas por la mera titularidad formal de los bienes y derechos a enajenar, dadas las irreparables consecuencias en la adopción de una u otra decisión; resultando en la presente causa de Clesa, S.L. la existencia de créditos contra la masa por extinción colectiva de contratos de trabajo del centro de Clesa en Madrid, exigibles desde el 29.7.2011 (que se acompaña) y pendientes de total abono por falta de liquidez, junto a salarios contra la masa y de pago inmediato;

D.- Finalmente, junto a lo ya expuesto en Auto formulando la cuestión de competencia y requerimiento de inhibición, así como de lo antes añadido, debe significarse que a remediar tales disfunciones tiende el instituto de la acumulación de autos y la abstención de dictar resolución definitiva en tales cuestiones; y modificando tal instituto la competencia objetiva y territorial para el conocimiento del concurso de la sociedad dominada a favor de la dominante, es exigible que la simultánea enajenación por el cauce del art. 43.2 L.Co. de las participaciones financieras de Clesa, S.L. en Cacaolat, S.A. y la liquidación por enajenación global de todas sus unidades productivas en fase común del concurso, determinen la asunción de tal proceso de enajenación por la Administración concursal y Juzgado de la sociedad dominante; so pena de autorizar que sea la celeridad de un proceso respecto a otro o el momento temporal de la solicitud de concurso respecto al otro, quien determine qué activos ven anulados o perjudicados sus valores por la venta de unidades a un solo adquirente o acciones cuyos valores de mercado se engloban en ambos elementos patrimoniales, aún siendo titulares de sociedades diversas; con daños irreparables en el otro concurso, lo que haría aconsejable paralizar ambas ventas en tanto no se resuelva la competencia para la resolución de las autorizaciones de venta en trámite;

E.- Por último debe señalarse que la cuestión de la determinación de la competencia presenta unas consecuencias procesales relevantes, derivadas de la propia naturaleza de los procesos concursales y de la concreta situación de ambas empresas en concurso, pues careciendo ambas de liquidez para atender los créditos contra la masa y la futura continuación de la actividad empresarial, la determinación del proceso que presenta mayores dificultades de liquidez y el proceso donde tal liquidez resultará más beneficioso para los acreedores concursales y contra la masa, debe corresponder a la Administración concursal de la dominante y al Juez del concurso de la sociedad dominante.

CUARTO.- Publicidad.

De conformidad con el art. 150 L.E.Civil y art. 270 L.O.P.J. y a los fines de salvar la posible existencia de tercero adquirente de buena fe a que se refieren los arts. 464 C.Civil y art. 34 L.Hipotecaria, procede notificar la presente resolución a las sociedades o grupos de inversores personados en el proceso de venta seguido para la enajenación de bienes de Cacaolat, S.A., cuales son Vichy Catalan, Victory Corporate, Capsa y Roures Reengeneering, S.L.; así como a la Administración

Concursal de la mercantil Cacaolat, S.A. y al órgano judicial requerido, junto a los personados en el presente proceso concursal de Clesa, S.A. .

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

Dispongo: Que debo plantear la cuestión de competencia objetiva y funcional positiva ante el Tribunal Supremo, en cuanto órgano superior común a los Juzgados de lo Mercantil núm. 6 de Madrid y núm. 6 de Barcelona, para la determinación del conocimiento de la competencia para conocer del proceso y autorización judicial para la venta de la totalidad de las unidades productivas de Cacaolat, S.A. y su adquisición global por un adquirente durante la fase común del concurso (seguida en el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona), cuando al tiempo se está tramitando la enajenación del 95% de las acciones de la dominada Cacaolat, S.A. propiedad de Clesa, S.L. (seguida en el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid); ambas declaradas en concurso y en fase común; sirviendo la presente de atento Oficio remisorio.

Acompañar el testimonio y en copia los siguientes documentos:

- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 20.7.2011, autorizando el proceso de venta de las unidades productivas y marcas de Cacaolat, S.A.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 3.8.2011, autorizando la venta del 95% de las acciones de Cacaolat, S.A.
- Escrito de solicitud de 4.7.2011 de la Administración concursal de Clesa, S.L. solicitando la acumulación al presente proceso de los autos 205/11 del Juzgado Mercantil núm. 6 de Barcelona, sobre Cacaolat, S.A.
- Providencia de 5.7.2011.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 4.8.2011 acordando requerir de inhibición al Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona de 5.8.2011 acordando desestimar el requerimiento formulado.
- Acuerdo de los participantes en el proceso de venta seguido en el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona y de la Administración concursal, por el que acuerdan modificar y alterar los plazos aprobados judicialmente por Auto de 20.7.2011.
- Copia informe provisional de la AC de Cacaolat, S.A.
- Auto de 29.7.2011 por el que se aprueba la medida colectiva de extinción de las relaciones laborales del centro de Clesa, S.L. en su centro de Madrid.

Acuerdo notificar la presente Resolución a las partes personadas en la Sección 3ª de este concurso, a los interesados, así como a los posibles compradores conocidos, mediante correo urgente:

- Vichy Catalán: Calle Roger de Luria, núm. 126, 08037 – Barcelona
- Victory Corporate: Avenida Joseph Tarradellas, núm. 124, entlo. 1ª, 08021 – Barcelona
- Corporación Asturiana Peña Santa: Apartado de correos núm. 723, 33080 – Oviedo
- Ruores Reengineering, S.L.: Calle Dels Arenys, núm. 26, puerta 14, Castelldefels

Notificar igualmente la presente Resolución a la mercantil concursada Cacaolat, S.A, a través de su representación social en Calle Pujades, núm. 25, 08018 – Barcelona por correo urgente, así como a la Administración concursal de Cacaolat, S.A., a través del Procurador Sr. De la Villa de la Serna;

Notifíquese la presente resolución a las partes; haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y frente a la misma solo cabe interponer recurso de reposición ante este Juzgado (-art. 197 L.Co.-) en el plazo de cinco días; no obstante lo cual se llevará a efecto lo acordado.

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/09 (BOE 4.11.2009), para el anuncio o la preparación o la interposición del recurso de apelación, será precisa la consignación como depósito de 25 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado (para este procedimiento: 2762-0000-00-0239_11) en la entidad Banesto y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta-expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Así lo dispone, manda y firma D. Francisco Javier Vaquer Martín, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid.