



Roj: **SAP M 14900/2017 - ECLI: ES:APM:2017:14900**

Id Cendoj: **28079370282017100422**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **24/10/2017**

Nº de Recurso: **222/2017**

Nº de Resolución: **469/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2014/0001455

Materia: Rechazo de oficio de la aprobación judicial del convenio. Límites Convenio bajo condición. Contenido del plan de viabilidad y del plan de pagos.

ROLLO DE APELACIÓN: 222/17

Procedimiento de origen: Concurso voluntario núm. 113/2014

Órgano de procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid

Parte apelante: RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L.

Procurador: Dña. Emma Belén Romanillos Alonso

Letrado:

Parte apelada: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L.

Letrado: D. Gonzalo Domínguez Ruiz

Parte apelada: BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador: Dña. María de los Llanos Ferrando Galdón

Letrado: D. Castedo Álvarez Fernando

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

SENTENCIA NÚM. 469/2017

En Madrid, a 24 de octubre de 2017.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores D. ÁNGEL GALGO PECO, D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y D. JOSE

MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 222/2017 los autos del concurso voluntario ordinario nº 113/2014 provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid.

Han sido partes en el recurso como apelante, RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L. y como apeladas ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L. y BANCO DE SANTANDER S.A.; todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La fase de convenio del concurso reseñado en el encabezamiento se inició mediante auto de fecha 4 de mayo de 2015, en el que se convocó a los acreedores para el día 14 de septiembre de 2015.

SEGUNDO.- En fecha 13 de mayo de 2015, la concursada presentó propuesta de convenio de acreedores, que fue admitido a trámite en providencia de fecha 20 de mayo de 2015. Conferido el correspondiente traslado, la Administración Concursal emitió informe de evaluación desfavorable.

TERCERO.- Llegado el día de la Junta, la misma se declaró legalmente constituida. La propuesta de convenio se sometió a votación y resultó aprobado con el 90,36% del pasivo ordinario.

TERCERO.- El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid dictó sentencia, con fecha 5 de noviembre de 2015 cuyo fallo era el siguiente:

"SE RECHAZA el convenio aceptado por la junta de acreedores de RESIDENCIA AVDA. DE EUROPA, S.L.

Firme que sea la presente resolución procedase a la apertura de oficio de la liquidación conforme al artículo 143.1.3º de la LC."

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L. se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L. y BANCO DE SANTANDER S.A.

QUINTO.- Recibidos los autos en fecha 8 de marzo de 2017 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como las apeladas.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 26 de octubre de 2017.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: DESARROLLO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.-

Una vez aperturada la fase de convenio, la concursada presentó propuesta de convenio, que fue admitida a trámite, con informe de evaluación desfavorable de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L. (en adelante AC).

La propuesta de convenio fue aprobada en la correspondiente Junta por el 90,36% del pasivo ordinario.

La sentencia recurrida rechazó de oficio la aprobación del convenio, en primer lugar, por infracción de lo dispuesto en el artículo 101.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC), al considerar que la eficacia del convenio está sometida a condición; en segundo lugar, porque el plan de pagos acompañado a la propuesta no contiene detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, con infracción de lo dispuesto en el artículo 100.4 LC ; y en tercer lugar porque el plan de viabilidad no especifica los medios y condiciones de obtención de los recursos necesarios a que se refiere el artículo 100.5 LC .

Frente a la mentada resolución, ha formulado recurso la concursada, RESIDENCIA AVENIDA DE EUROPA S.L. (en adelante RESIDENCIA).

SEGUNDO: EFICACIA CONDICIONADA DEL CONVENIO.-



La sentencia recurrida rechazó de oficio la aprobación del convenio, en primer lugar, porque consideró que el convenio de autos está sometido a condición, conclusión que se extrae al hilo de lo expresado en el siguiente párrafo:

"De la existencia de un acuerdo con referido acreedor privilegiado (EL BANCO DE SANTANDER), dependerá la viabilidad de la presente propuesta de convenio, al ser titular del crédito hipotecario que grava el bien que ha de ser objeto de desarrollo"

La concursada combate el razonamiento judicial porque considera que la introducción en la propuesta de convenio del indicado párrafo, no implica condicionamiento alguno de su eficacia, sino que expresa la ocurrencia de un hecho que puede afectar a su viabilidad futura.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión planteada en anteriores ocasiones, en las que hemos distinguido la existencia de una condición en sentido técnico, objeto de prohibición en el artículo 101.1 LC, respecto del resto de circunstancias que pueden incidir en la viabilidad del cumplimiento del convenio, que no afectan a su validez. En el auto 277/2017 de 2 de junio de 2017 dijimos lo siguiente:

"Lo que prohíbe el artículo 101 de la Ley Concursal es que la propuesta someta la eficacia de convenio a cualquier clase de condición. Lo que la norma persigue es que no puede condicionarse el nacimiento de los efectos del convenio (condición suspensiva o inicial) o su resolución o cancelación (condición resolutoria o final) al acaecimiento de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren (artículo 1113 del Código Civil). Sin embargo, como hemos señalado en resoluciones precedentes (autos de la sección 28ª de la AP Madrid de 12 de marzo de 2010 y de 18 de noviembre de 2016 , entre otros), no cabe confundir la condición que afecta a la eficacia del convenio con cualesquiera hechos venideros que pueden incidir en la ejecución o cumplimiento de un convenio, pero de los que no se hace depender el nacimiento de los efectos del mismo o su cancelación (por ejemplo, que se aprueben las modificaciones estructurales de la sociedad deudora o que la sociedad beneficiaria del patrimonio procedente del activo concursal efectúe determinadas conductas). El no acaecimiento de esta clase de hechos de lo que sería determinante es del incumplimiento del convenio, con las consecuencias legales que se anudan a tal circunstancia".

La lectura del párrafo cuestionado no nos permite colegir que se haya establecido una condición en sentido propio que afecte a la eficacia del convenio. Se trata más bien de un hecho que podrá tener incidencia en el cumplimiento del convenio, pero que no compromete ni su validez ni su eficacia.

TERCERO: CONTROL JUDICIAL DEL PLAN DE PAGOS Y EL PLAN DE VIABILIDAD.-

La sentencia recurrida también rechaza de oficio la aprobación del convenio porque considera que ni el plan de pagos ni el plan de viabilidad que acompañan a convenio reúnen los requisitos mínimos exigidos en el artículo 100.4 y 5 LC. Respecto al primero, se indica que no se detallan los recursos previstos para su cumplimiento; y respecto al segundo, que no se especifican los medios y condiciones de obtención de los recursos necesarios.

El recurrente señala que el control judicial que puede realizarse de oficio al amparo de lo dispuesto en el artículo 131.1 LC no es un control de oportunidad, sino de legalidad, pues no permite analizar causas funcionales derivadas de la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio. En cualquier caso, el apelante refiere que, al menos, debió concedérsele la posibilidad de subsanar los defectos observados.

La AC y BANCO DE SANTANDER S.A. defienden que las omisiones que presentan el plan de viabilidad y el plan de pagos son de tal envergadura que prácticamente equivalen a la no presentación de plan de pagos y de viabilidad, lo que determina la invalidez del convenio. El plan de pagos es un requisito de contenido exigido en el artículo 100.4 LC; y el plan de viabilidad resulta imprescindible, cuando, como aquí ocurre, se prevea contar con los recursos que genere la continuación de la actividad empresarial.

El examen de la cuestión requiere tener presente la jurisprudencia recaída sobre la materia, que excluye la posibilidad de que el juzgador pueda controlar de oficio la viabilidad del convenio, que se debe centrar en un examen de legalidad. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 147/2015 de 26 de marzo, citada por el recurrente, expresa lo siguiente:

" 1. El plan de viabilidad que el art. 100.5 LC exige en determinados supuestos, acompañar a todo convenio, es un documento especial con el fin de que la administración concursal pueda evaluar el contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en que se pueda contar con los recursos que genere la actividad económica que en el futuro desarrolle el concursado. Al propio tiempo sirve de información a los acreedores, al objeto de que puedan valorar las expectativas de cumplimiento del convenio. Es un documento que proyecta, de forma estimativa, los recursos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, los medios de los que parte, así como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permita, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio.



Obsérvese que el plan de viabilidad sólo es obligatorio cuando se tenga previsto contar con los recursos que genere la continuación, bien sean propios bien sean de terceros. En este último caso, el apartado 5 del art. 100 LC se refiere a los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención, así como "los compromisos de su prestación por terceros". Lo que obliga, a su vez, a señalar las condiciones económicas de la prestación de los recursos por terceros, y que, de tratarse de créditos, se encomienda a las partes determinar en el convenio la forma de su satisfacción (párrafo segundo del apartado 5 del art. 100 LC).

Al plan de viabilidad se refiere también la Ley Concursal en el art. 104.2, en el supuesto de propuesta anticipada de convenio por el deudor cuando, para dar cumplimiento al mismo, se presente un plan de viabilidad que contemple expresamente una quita o una espera superior a los límites previstos en el apartado 1 del art. 100 LC, que, en todo caso, deberá evaluar la administración concursal (art. 107.2 LC). También en caso de propuesta de convenio presentada por acreedores que representen una quinta parte del total pasivo del deudor resultante de la lista de acreedores (art. 113.1 LC), de ser admitida a trámite, se dará traslado de la misma a la administración concursal para que emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y "en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe".

Por ello, el plan de viabilidad debe acompañar, en determinados casos, al convenio, pero no es necesario mas que en los supuestos expresamente contemplado en la ley.

2. De cuanto antecede debe colegirse sin dificultad que lo que se somete a votación para su aprobación o rechazo en junta de acreedores es la propuesta de convenio, al que se acompañará un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad. Pero el convenio y sólo el convenio es el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores. Es el único instrumento que procede votar, bien por el procedimiento escrito (art. 115 bis LC), bien en la junta de acreedores (arts. 121 y 124 LC); el que se somete a la aprobación judicial (art. 127 LC); el que puede ser impugnado, mediante oposición por las personas legitimadas (art. 1128 LC), sin que figure como infracción de normas o como causa de impugnación, referencia alguna al plan de viabilidad; y el juez, de oficio, puede rechazar (art. 131.1 LC), pero limitándose a cuestiones estrictamente formales, no porque pudiera interpretar a su modo la "inviabilidad" del plan.

Abundando en lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 178/2017 de 13 de marzo dijo lo siguiente:

"« [...] el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo - o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca -, pero no modificar su contenido - artículo 109, apartado 2, en relación con el 129, apartados 1, 2 y 3, de la Ley 22/2.003 ».

Esta previsión es también aplicable cuando no existe oposición al convenio y el juez del concurso realiza el examen de oficio que le imponen los arts. 130 y 131 de la Ley Concursal ."

En opinión de la Sala, el enjuiciamiento que propone la AC y que ha sido acogido en la sentencia recurrida, es un control más de viabilidad que de legalidad de contenido mínimo exigible.

En el supuesto enjuiciado existe plan de pagos y de viabilidad, si bien las apeladas consideran que su contenido es insuficiente, en esencia, porque no se expresan los recursos con los que va a hacer frente a los pagos ni los medios o condiciones de obtención de tales recursos.

Si analizamos el plan de viabilidad que se adjunta, observamos que se recoge como anexo los ingresos previsibles derivados de la actividad, que consisten en las ventas de viviendas y trasteros objeto de la promoción.

Aunque formalmente no se incluya dentro del plan de viabilidad, el convenio sí expresa que la refinanciación de la deuda con el Banco de Santander es un instrumento necesario para la viabilidad. Respecto de este crédito, se propone la amortización de la deuda reconocida, con unos plazos de espera no superiores a 10 años y tres años de carencia total de principal e intereses.

Por ello, consideramos que el proponente del convenio cumplió con el requisito formal de presentación de un plan de viabilidad, por más que el mismo presente carencias o se utilicen criterios sin fundamento, sin plan de costes y sin plan financiero, tal y como denuncia la AC.

Por lo que se refiere al plan de pagos, es cierto que el anexo que lo recoge no incluye de forma expresa los recursos previstos para su cumplimiento. Sin embargo, si lo analizamos de forma conjunta con el plan de viabilidad y con el resto del convenio, colegimos que el proponente pretende obtener los recursos mediante los pagos que realicen los adquirentes de las viviendas, todo ello sometido a la obtención de un convenio de refinanciación con el Banco de Santander.



Por consiguiente, consideramos que debemos aplicar el principio "favor convenii", entendiéndolo que contiene el contenido mínimo imprescindible para superar el control de legalidad, abstracción hecha del control de viabilidad o de oportunidad, que no es objeto de análisis en esta sede.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso y en consecuencia, la aprobación del convenio aceptado por la Junta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 130 LC .

CUARTO: COSTAS.-

En vista de la estimación del recurso de apelación, no procede efectuar especial pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con el núm. 2 del art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

FALLO

1º.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de RESIDENCIA AVENIDA EUROPA S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, con fecha 5 de noviembre de 2015 en el seno del concurso voluntario nº 113/2014

2º.- Revocamos dicha resolución y aprobamos, con los efectos previstos en la Ley, la propuesta de convenio presentada por la concursada y que fue aceptada en Junta de Acreedores celebrada el 14 de septiembre de 2014.

3º.- Acordamos el cese de los efectos de la declaración del concurso, quedando sustituidos por los que se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42 LC , que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento.

4º.- Acordamos el cese de la Administración Concursal, que rendirá cuentas de su actuación ante el juez del concurso en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente sentencia.

5º.- Procédase a la formación de la Sección Sexta del Concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución judicial e incorporará los testimonios a que se refiere el artículo 167.1º LC .

6º.- Dése a esta sentencia la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal .

7º.- No se imponen a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de apelación formulado.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase, en su caso, a la devolución del depósito consignado para recurrir

Notifíquese esta resolución a las partes

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/ o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.