



Roj: **STS 903/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:903**

Id Cendoj: **28079110012017100170**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2017**

Nº de Recurso: **1281/2014**

Nº de Resolución: **178/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1420/2014,**
STS 903/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 13 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 49/2014 de 24 de febrero dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 47/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, aprobación de convenio en concurso de acreedores. El recurso fue interpuesto por Proyectos e Ingeniería de Seguridad S.L., representada por el procurador D. Antonio Ángel Sánchez-Jauregui Alcaide y asistida por el letrado D. Francisco Javier Descalzo Benito. Es parte recurrida Canarias de Plásticos S.A., representada por el procurador D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla y asistida por el letrado D. Gilberto Pérez del Blanco.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- Con fecha 19 de julio de 2010 se declaraba en situación de concurso voluntario de acreedores a Canarias de Plásticos S.A.

Con fecha 31 de julio de 2012 se dictó auto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife declarando la finalización de la fase común del concurso y la apertura de la fase de convenio.

La representación de Canarias de Plásticos S.A. presentó propuesta de convenio, que fue admitido a trámite.

Con fecha 22 de marzo de 2013 se celebró Junta de Acreedores, que aceptó la propuesta de convenio.

2.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia núm. 89/2013 de fecha 15 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

«Se aprueba el convenio presentado por Canarias de Plásticos S.A., aceptado por la junta de acreedores celebrada el 22/03/2013, salvo el párrafo segundo del apartado primero del Título I, cesando los efectos de la declaración de concurso.

» La concursada informará al Juzgado con periodicidad semestral de su cumplimiento una vez se comiencen a realizar los pagos.

» Se acuerda el cese de la Administración Concursal en sus funciones de intervención de las facultades de administración y disposición de la entidad concursada, debiendo presentar rendición de cuentas en el plazo



de dos meses desde la firmeza de esta resolución, sin perjuicio de conservar plena legitimación para continuar los incidentes en curso y para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme.

» Dese a esta resolución la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC .

» Líbrese mandamiento al Registro Mercantil para su inscripción y demás efectos relativos a la limitación de sus facultades y al cese de los administradores concursales.

» Líbrese mandamiento a los Registros públicos en los que figuren inscritos los bienes titularidad de la concursada a fin de que se anoten la finalización de la intervención de las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa y el cese de la Administración concursal.

» Fórmese la Sección sexta, emplácese a los acreedores y a cualquiera que tenga un interés legítimo para personarse en diez días en dicha Sección».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Canarias de Plásticos S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que lo tramitó con el número de rollo 480/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 49/2014 en fecha 24 de febrero , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad Canarias de Plásticos S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 1 de esta provincia, en el Concurso ordinario nº 47/2010, de 15 de abril de 2.013, revocando dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto la salvedad que se hace en el Fallo de no aprobarse el párrafo segundo del apartado 1º del Título primero del convenio presentado por la concursada, que queda pues aprobado en su integridad.

» En lo demás se confirma la resolución apelada, sin declaración alguna sobre las costas de esta alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Miriam Gil Plasencia, en representación de Proyectos e Ingeniería de Seguridad S.L., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.-Se solicita a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que declare que la sentencia recurrida infringe su Jurisprudencia fijada con relación al principio par conditio creditorum, al vulnerar el artículo 89, apartado 2, inciso segundo, de la LC , en relación con la infracción, por inaplicación, del artículo 125, apartado 1, primer inciso del mismo texto legal ».

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 18 de marzo de 2015, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Canarias de Plásticos S.A. presentó escrito 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 23 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- En el concurso de Canarias de Plásticos S.A. la propuesta de convenio consistía, resumidamente, en el pago de los créditos ordinarios y subordinados en el plazo de cinco años, con una quita del 45%. El periodo de espera para el pago de los créditos subordinados se computaría a partir del cumplimiento íntegro del convenio respecto de los ordinarios. Se realizarían sendos pagos del 10% el último día del primer y del segundo año, sendos pagos del 20% el último día del tercer y cuarto año, y el pago del 40% restante, el último día del quinto año.

Tras esta previsión, el convenio contenía este párrafo:



«No obstante, a aquellos acreedores que presenten antes del primer pago (el correspondiente al primer año) una oferta de un tercero consistente en la adquisición de bienes inmuebles de la sociedad no afectos a su actividad, a su valor de tasación, escrita, vinculante, no condicionada y sin pago aplazado, se pagará su crédito en el momento del pago del precio de inmueble, con una quita del 50%, hasta el importe del precio del inmueble. El resto del crédito de dicho acreedor se pagará conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior (con una quita del 45% y una espera de cinco años). En caso en que se recibieran varias ofertas para adquirir el mismo bien, se estará a un criterio temporal, asumiendo la que primero hubiera sido presentada. En todo caso, si llegado el momento de realizar el primer pago no hubiera presentado ninguna oferta de adquisición de inmuebles, se procederá conforme se indica en el primer párrafo (una quita del 45% y una espera de 5 años)».

La propuesta de convenio fue votada favorablemente en la junta, celebrada el 22 de marzo de 2013, por los acreedores que representaban el 63,81% del pasivo ordinario del concurso.

2.- Pese a que ningún acreedor votó en contra de la propuesta en la junta ni se opuso a la aprobación del convenio del modo previsto en el art. 128 de la Ley Concursal, la juez del concurso dictó sentencia en la que aprobó el convenio presentado por la concursada y aceptado en la junta de acreedores salvo el párrafo que ha sido transcrito, que no fue aprobado y, por tanto, quedó eliminado del texto del convenio.

La sentencia del Juzgado Mercantil afirmaba que ese párrafo no se aprobaba «por vulnerar el principio *pars conditio creditorum* y otorgar diferente trato a los acreedores cuyos créditos tienen idéntica calificación».

3.- La concursada recurrió en apelación la sentencia del Juzgado Mercantil. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado Mercantil y aprobó el convenio en su totalidad.

Los argumentos más relevantes de esta resolución consisten en que la existencia de esa cláusula en el convenio abre la posibilidad a la existencia de acreedores de trato singular, pues algunos pueden cobrar parte de su crédito con anterioridad a otros, lo que afectaría a la regla de la igualdad de trato que preside la normativa concursal. La existencia de acreedores con trato singular encuentra su cabida en el art. 125.1º de la Ley Concursal, que establece la necesidad de determinadas mayorías para que pueda aprobarse un convenio con tal contenido. En este caso, los acreedores que pueden resultar privilegiados «no son indeterminados, en el sentido de que, aunque dependen de un hecho futuro e incierto (aportación de un comprador de inmuebles), esto debe considerarse un parámetro suficiente para su determinación. No se da pues el supuesto de un convenio de contenido indeterminado, pero lo cierto es que esa indeterminación impide conocer la fecha en que serán abonados (parcialmente) los créditos de determinados acreedores (es decir, cuáles de ellos tendrán un trato singular), por lo que no es posible comprobar si se da el régimen de mayorías previsto en el art. 125, que exige, además de la mayoría prevista en el art. 124 (al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso) "el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular"». Visto lo anterior, la Audiencia Provincial consideró que debía aprobarse el convenio, dada la ausencia de oposición y en atención al principio *favor convenii*.

4.- Uno de los acreedores afectados por el convenio, que no asistió a la junta ni se opuso a la aprobación del convenio, ha interpuesto recurso de casación basado en un motivo.

SEGUNDO.- Formulación del único motivo del recurso

1.- El encabezamiento del motivo dice así:

«Se solicita a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que declare que la sentencia recurrida infringe su Jurisprudencia fijada con relación al principio *par conditio creditorum*, al vulnerar el artículo 89, apartado 2, inciso segundo, de la LC, en relación con la infracción, por inaplicación, del artículo 125, apartado 1, primer inciso del mismo texto legal».

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial, al dar prevalencia al principio *favor convenii* infringe lo establecido en el art. 89.2 de la Ley Concursal, según el cual «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». En este caso, se ha aprobado un convenio que contiene situaciones singulares sin que se hayan cumplido las exigencias de quorum en la votación exigidas en la Ley Concursal, pues además del voto de la mayoría del total del pasivo, sería preciso el del pasivo relativo de los acreedores a los que dicho trato singular no les va a afectar. La imposibilidad de comprobar ese régimen de mayorías, pues los términos de esa cláusula del convenio impedían saber a qué acreedores beneficiaría, debió llevar a no aceptar ese trato singular y no, por el contrario, a aceptarlo con base en el *favor convenii*.

La mayor facilidad que tienen algunos acreedores para acogerse a la previsión del convenio que les permite el pago anticipado de al menos parte de su crédito supone una vulneración del principio de la *par conditio creditorum*



3.- En apoyo de su tesis, la recurrente cita las sentencias de esta sala 1134/1996, de 8 de enero de 1997 , y 50/2013, de 19 de febrero .

4.- La recurrente solicitaba que se revocara la sentencia de la Audiencia Provincial y se confirmara la sentencia del Juzgado Mercantil.

TERCERO.- *Decisión de la sala. La previsión de soluciones alternativas en el convenio no supone un trato singular que exija el voto favorable de la doble mayoría prevista en el art. 125.1 de la Ley Concursal*

1.- Como cuestión previa, la doctrina contenida en las sentencias que se invocan en el recurso no es aplicable al presente supuesto.

La primera de tales sentencias, la 1134/1996, de 8 de enero de 1997 , hace referencia al carácter de negocio jurídico de masa que tiene el convenio, por cuanto que vincula también a los acreedores concursales que no han participado en la suspensión de pagos, y a los límites de dicho convenio respecto de la privación de ventajas singulares a algunos acreedores, como es la fianza de terceros.

La segunda de ellas, a la naturaleza imperativa de la regla contenida art. 134.1 de la Ley Concursal , que impide discriminar a los acreedores subordinados respecto de los ordinarios en cuanto a la magnitud de las quitas y las esperas.

2.- La previsión de proposiciones alternativas en el convenio, a las que pueden acogerse todos los acreedores, no supone la creación de privilegios o preferencias no previstos en la ley, por lo que no se infringe lo previsto en el art. 89.2 de la Ley Concursal .

3.- El «trato singular» que prevé el art. 125.1 de la Ley Concursal al establecer un régimen de doble mayoría (mayoría del pasivo ordinario necesaria para la aprobación del convenio, en los términos previstos en el art. 124, y la de la misma proporción del pasivo no afectado por el trato singular) exige, para ser considerado como tal, que vaya dirigido «a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características».

Tal requisito no concurre en el presente caso. La posibilidad de presentar a un tercero que oferte de forma escrita, vinculante, no condicionada y al contado, por su valor de tasación, la compra de uno de los bienes inmuebles de la sociedad concursada no afectos a su actividad, y de este modo obtener el acreedor el pago inmediato de su crédito, si bien con una quita del 50% y hasta el límite del precio ofertado por el inmueble, no está restringida a unos acreedores concretos ni a grupos de acreedores determinados por sus características. Es una opción que se ofrece a todos los acreedores afectados por el convenio. Por tanto, no constituye un trato singular necesitado de aprobación por el sistema de doble mayoría del art. 125 de la Ley Concursal .

4.- En realidad, constituye una proposición alternativa dentro de la propuesta de convenio, aplicable a todos los acreedores (art. 100.2 de la Ley Concursal), en la que, si bien el acreedor que se acoge a ella obtiene el pago inmediato, lo es con una quita del 50% de su crédito (la quita aplicable en la otra alternativa es del 45%, pero con una espera escalonada de cinco años) y a cambio de que presente un comprador para un inmueble no necesario para la actividad de la concursada, en condiciones favorables para el concurso: con un precio mínimo acorde con el valor de mercado del bien (el de tasación) y pago no aplazado.

Esta actuación del acreedor que presenta un comprador en estas condiciones permite a la concursada obtener liquidez para pagar al resto de los acreedores, vendiendo bienes que no son necesarios para su actividad en condiciones ventajosas.

5.- Es cierto que, en ciertos casos, una proposición alternativa que en principio aparezca como destinada a todos los acreedores puede encubrir, bajo esa apariencia formal, un trato singular, privilegiado, aplicable solamente a algunos acreedores o a un preciso grupo de acreedores determinado por sus características, porque esa proposición, por su contenido, solo podría ser aprovechada por esos determinados acreedores. En este caso deberían cumplirse los requisitos de aprobación (doble mayoría) del art. 125.1 de la Ley Concursal para que no se incurriese en un fraude de ley.

Pero la simple afirmación de que los acreedores con mayores créditos tendrán más interés en acogerse a esta proposición alternativa, o que lo tendrán más fácil acreedores, como los bancos, que tienen sociedades inmobiliarias en su grupo, sin aportar más detalles concretos (cuáles son esos acreedores, qué créditos tienen, cuáles son los inmuebles de la masa activa susceptibles de favorecer ese trato singular en el sentido del art. 125.1 de la Ley Concursal , que datos demuestran que el ofrecimiento de esa alternativa a todos los acreedores es solo aparente porque en realidad solo pueden aprovecharla determinados acreedores, etc.) que permitan concretar y actualizar ese riesgo potencial en un trato desfavorable real y efectivo para el resto de los acreedores, no es suficiente para considerar que en este caso se esté ante un fraude al art. 125.1 de la Ley Concursal .



6.- Por último, aunque no haya sido una cuestión tratada directamente en la sentencia de la Audiencia Provincial ni en el recurso y la oposición al mismo, es necesario hacer unas últimas precisiones para evitar que pudiera generarse confusión.

La decisión del Juzgado Mercantil de modificar el convenio, pues eliminó una de sus cláusulas, no se ajusta a las previsiones de la Ley Concursal. El art. 129.1 de la Ley Concursal prevé:

«La oposición se ventilará por los cauces del incidente concursal y se resolverá mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. En todo caso, el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo».

Esta sala, en su sentencia 750/2011, de 25 octubre, ha declarado sobre esta cuestión:

«[...] 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 .

Por tanto, si el juez del concurso consideraba que se había infringido alguna de las normas que la Ley Concursal establece sobre el contenido del convenio, no debió aprobarlo. La solución que adoptó, aprobarlo modificando su contenido, no es admisible.

No estamos ante un convenio al que se añaden contenidos impropios del mismo (comisiones de acreedores con facultades que contradicen las normas imperativas que regulan el concurso, privación de garantías prestadas por terceros a acreedores concursales que no hayan votado a favor del convenio, etc) que pueden ser eliminadas por el juez al dictar la resolución de aprobación del convenio sin que con ello integre el contenido propio del convenio, respecto del cual no puede suplantar la voluntad de las partes llamadas a votar a favor o en contra.

En el caso enjuiciado, lo que se ha eliminado es una de las proposiciones alternativas, que integra el contenido propio del convenio, y que no puede ser eliminado por el juez, que deberá aprobar el convenio íntegro o, si considera que alguna o todas las proposiciones alternativas son contrarias a la regulación imperativa de las normas concursales, deberá rechazarlo en su integridad.

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Proyectos e Ingeniería de Seguridad S.L., contra la sentencia núm. 19/2014 de 24 de febrero, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación núm. 480/2013 . 2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como 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.