



Roj: **STS 3678/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3678**

Id Cendoj: **28079110012018100591**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **3176/2015**

Nº de Resolución: **601/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 3267/2015,**
STS 3678/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 601/2018

Fecha de sentencia: 31/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3176/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3176/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 601/2018

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 31 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 294/2015, de 16 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 143/2014 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia, sobre incumplimiento de convenio.

El recurso fue interpuesto por Gymcol S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Baena Jiménez y bajo la dirección letrada de D. Carlos Salinas Adelantado.

Es parte recurrida Pons Químicas S.L., representada por la procuradora D.^a Beatriz Ruano Casanova y bajo la dirección letrada de D. Vicent Josep Pineda Chesa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Sergio Ortiz Segarra, en nombre y representación de Pons Químicas S.L., interpuso demanda de incidente concursal solicitando el pago de cantidad reconocida en convenio de acreedores y subsidiariamente, la declaración judicial de incumplimiento del convenio, contra Gymcol S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] mediante la que se condene a Gymcol, S.A. a pagar a mi representada la cantidad de diez mil novecientos cincuenta y tres euros con treinta y ocho céntimos de euro (10.953'38 euros), más los intereses legales devengados desde el día 11 de mayo de 2011 en el que la concursada tenía la obligación de realizar el pago y, subsidiariamente, en el caso de no estimar dicha pretensión que se declare el incumplimiento del convenio con todas las consecuencias legales derivadas de dicha declaración e incumplimiento, imponiendo en cualquiera de los casos las costas del juicio a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 7 de febrero de 2014 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia, fue registrada con el núm. 143/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. César Javier Gómez Martínez, en representación de Gymcol S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia, dictó sentencia 127/2014, de 27 de mayo, que desestimó la demanda, sin pronunciamiento sobre costas procesales. En el fallo se incluía el siguiente inciso:

"[...] teniéndose por reproducido en todo caso, a los efectos pertinentes, el considerando que se contiene en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico segundo de esta sentencia"

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Gymcol S.A. La representación de Pons Químicas S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 396/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 294/2015, de 16 de septiembre, en la que desestimó el recurso, con expresa imposición de costas al apelante y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

1.- El procurador D. César Javier Gómez Martínez, en representación de Gymcol S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Ex art. 469.1.2º y 4º LEC. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y derecho a la tutela judicial efectiva: violación del art. 218.1 LEC y 24.1 CE, por incongruencia extra petitum".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Recurso de casación por interés casacional del art. 477.1.3º LEC al considerar infringidas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en interés casacional que suponen la violación de determinadas normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

" Primero.- Sentencias del Tribunal Supremo que fundamentan el interés casacional: la prohibición del juez de lo mercantil de modificar el contenido del convenio concursal aprobado por los acreedores y los límites de las sentencias interpretativas ex art. 129 LC".

"Segundo.- Violación del art. 129.1 LC en relación con los arts. 100, 109, 128 y 131 LC".

"Tercero.- Violación del art. 140 LC".

"Cuarto.- Violación del art. 1281.1 del Código Civil".

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 17 de enero de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Pons Químicas S.L. se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- El supuesto de hecho y las cuestiones jurídicas objeto de este recurso coinciden, en buena parte, con los del recurso 760/2014, que fue resuelto por la sentencia 228/2016, de 8 de abril; del recurso 1642/2014, que fue resuelto por la sentencia 3/2017, de 10 enero; del recurso 2051/2014, que fue resuelto por la sentencia 188/2017, de 15 de marzo; y del recurso 241/2015, que fue resuelto por la sentencia 509/2017, de 20 de septiembre.

Todos estos recursos fueron interpuestos por Gymcol S.A. (en lo sucesivo, Gymcol), al igual que ocurre en el presente recurso. Por tanto, la solución que debe darse a este recurso debe ir en la línea de la solución que se dio en dichas sentencias, por no encontrar razones que justifiquen modificar el criterio seguido en ella, con las matizaciones que hagan precisas las diferencias existentes con los casos objeto de los anteriores recursos.

2.- El 24 de octubre de 2008, fue declarado el concurso voluntario de Gymcol, que se tramitó con una propuesta anticipada de convenio. El convenio fue aprobado judicialmente el 11 de diciembre de 2009, sin que se hubiera formulado oposición a su aprobación.

La cláusula quinta de la propuesta de convenio aceptada por la mayoría de los acreedores y aprobada por el juzgado tiene el siguiente contenido:

"EJECUCIÓN DE LOS PAGOS PROPUESTOS. A fin y efecto de facilitar la justificación del cumplimiento del Convenio, todos los pagos a realizar por Gymcol se realizarán por transferencia bancaria a la cuenta corriente que cada acreedor indique. A tales efectos los acreedores deberán comunicar fehacientemente a Gymcol los datos de la cuenta corriente, con expresión de la entidad, sucursal, dígito de control y número de cuenta, en la que desea le sean realizados los pagos; así como cualquier posterior modificación de la misma. Tal comunicación deberá realizarse dentro de los TRES (3) meses siguientes a contar de la fecha de firmeza de la sentencia que apruebe el Convenio.

" El Acreedor que no haya realizado la comunicación dentro de los TRES (3) meses siguientes a contar de la fecha de la firmeza de la sentencia que aprueba el Convenio se entenderá renuncia automáticamente y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, al primer pago, pero no a los siguientes, siempre y cuando realice la comunicación dentro de los TRES (3) primeros meses del período de pago siguiente, es decir, del segundo pago en los casos distintos de la Alternativa 3. En caso de que el acreedor tampoco realice la comunicación en el indicado plazo se entenderá que renuncia, automáticamente, y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, a todos los pagos subsiguientes.

" No se considerará incumplimiento del Convenio el impago de las cantidades debidas motivado por no haberse comunicado los datos de la cuenta corriente en que realizar los pagos en el plazo indicados".



3.- El 7 de febrero de 2014, meses después de que varios acreedores concursales hubieran promovido incidentes en los que solicitaban la declaración de incumplimiento del convenio (que tras las sentencias de primera y segunda instancia, finalizaron con las sentencias de esta sala 228/2016, de 8 de abril, 3/2017, de 10 de enero, 188/2017, de 15 de marzo, y 509/2017, de 20 de septiembre, a que se ha hecho referencia), Pons Química S.L. (en lo sucesivo, Pons Química) instó una demanda de incidente concursal en la que solicitó que se condenase a Gymcol a pagarle 10.954,38 euros, cantidad que le correspondería tras aplicar la quita del 60% de su crédito, prevista en el convenio o, subsidiariamente, la declaración de incumplimiento del convenio por el impago de su respectivo crédito, con las consecuencias inherentes a tal declaración.

La concursada, Gymcol, se opuso a ambas pretensiones porque no procedía el pago de la cantidad reclamada ni la declaración de incumplimiento del convenio ya que la demandante había incumplido lo previsto en la cláusula quinta del convenio, y por ello se había producido el consiguiente efecto de renuncia previsto en dicha cláusula. No obstante, *ad cautelam*, a efectos de evitar la declaración de incumplimiento del convenio, consignó la cantidad reclamada en la demanda.

4.- El Juzgado Mercantil dictó una sentencia en la que afirmaba que la pretensión formulada con carácter principal por Pons Química (la reclamación del pago de la cantidad que le correspondía en aplicación del convenio) era "radicalmente extravagante en esta sede". También desestimaba la pretensión formulada con carácter subsidiario, de declaración de incumplimiento del convenio y consiguiente apertura de la fase de liquidación, porque no había existido incumplimiento del convenio "sin perjuicio de que el Juzgador incorporará cláusula interpretativa [del convenio]".

Se declaraba en la sentencia:

"[...] el deudor no puede disponer libérrimamente el cumplimiento de la obligación en los términos convencionalmente pactados con el colectivo acreedor [...] y judicialmente aprobados [...]. Y es que es claro que la no indicación por parte del acreedor de un eventual domicilio para pago no es mecanismo hábil de extinción de la obligación en nuestro Derecho [...] sin que desde luego la supuesta mora accipiendi que se denuncia al amparo de la estipulación quinta del convenio (cláusula por completo accesoria y residual y que no puede entenderse desde luego que viniere contemplada por el colectivo acreedor en el momento de emitir su adhesión al convenio, pues razonablemente en tal caso el sentido del voto bien hubiera podido ser diverso..."

En el fallo de la sentencia, el juzgado acordó desestimar la demanda y absolver a Gymcol "de las pretensiones deducidas en su contra, no habiendo lugar a la pretendida declaración de incumplimiento del convenio". Pero añadía:

"[...] teniéndose por reproducido en todo caso, a los efectos pertinentes, el considerando que se contiene en el último párrafo del fundamento jurídico segundo de esta sentencia".

Este párrafo de la fundamentación, a la que se remite el fallo, en que consistiría la "cláusula interpretativa" del convenio que se anunciaba al inicio del segundo fundamento jurídico de la sentencia, es el siguiente:

"Esto es, y evidentemente en orden a salvar la vigencia y virtualidad del convenio, procede habilitar un lapso de subsanación de la situación dada. A tal efecto, y considerando la consignación efectuada por la demandada, deberá su importe aplicarse al pago del derecho de crédito titulado por el actor, y sin que desde luego pueda sostenerse en el futuro el argumento defensivo aquí articulado para justificar el impago (que no el incumplimiento)".

Y, en atención a lo anterior, no obstante la desestimación de la demanda, no se impusieron las costas a ninguna de las partes.

5.- La concursada recurrió en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, con la siguiente argumentación, que tomaba literalmente de la sentencia dictada en el recurso de apelación contra la sentencia dictada en otro incidente promovido previamente por otro acreedor contra Gymcol, en la que el Juzgado había introducido también una "cláusula interpretativa" del convenio:

"El recurso ha de ceñirse al fallo, no a la fundamentación jurídica, por más que se dé por reproducida ésta en el fallo de la sentencia que, en definitiva, rechaza la demanda planteada contra el recurrente por incumplimiento del convenio. La ampliación del plazo de comunicación, aunque no expresamente planteada por las partes, no es sino una interpretación clarificadora, en un "obiter dicta"...; pretender que esa falta de comunicación conlleve la pérdida de un crédito reconocido, sería admitir la modificación de la lista de acreedores aprobada y del cumplimiento íntegro del convenio en virtud de una cuestión formal... No cabe examinar la cuestión desde el punto de vista de la incongruencia "extra petitum", congruencia que sí hay que ponerla en relación con lo planteado en la demanda y la contestación, y, desestimándose aquellas demandas planteadas y acumuladas,



mal podría hablarse de incongruencia, pese a la interpretación - beneficiosa a la postre para el recurrente- en cuanto se rechaza lo pretendido por los acreedores."

6.- Frente a la sentencia de apelación, se formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los recursos están correctamente formulados, por lo que son admisibles, como ya se acordó por la sala en el auto de admisión. Lo impugnado por Gymcol es un pronunciamiento incluido en el fallo de la resolución. El recurso no pretende una modificación de la base fáctica puesto que las cuestiones planteadas son de naturaleza meramente jurídica.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Formulación del recurso*

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula bajo el siguiente epígrafe:

"Ex art. 469.1.2º LEC, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Violación del art. 218 LEC por *incongruencia ultra petitum*".

2.- Como fundamento del motivo se alega que la promotora del incidente concursal había ejercitado la acción de incumplimiento del convenio, prevista en el art. 140 de la Ley Concursal, pues solo esa acción podía ejercitarse en el incidente, y la sentencia de primera instancia, excediéndose en lo que era objeto de enjuiciamiento, además de desestimar la demanda, incorpora al fallo, mediante una remisión a la fundamentación jurídica, una modificación del convenio, impone a la demandada el pago del crédito a la demandante a través de la aplicación de la consignación hecha por la demandada en el proceso y realiza una condena de futuro con relación a una futura acción de resolución del convenio por incumplimiento.

El recurso entiende que el tribunal de instancia se ha excedido pues, conforme a lo que era objeto del incidente, debía haberse limitado a desestimar la acción de resolución del convenio. La recurrente entiende que la sentencia contiene una condena de futuro, sin juicio ni contradicción alguna.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Existencia de la incongruencia denunciada*

1.- Esta sala, en su sentencia 173/2013, de 6 de marzo, declaró:

"El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia".

Y en la sentencia 468/2014, de 11 de septiembre, afirmó:

"De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*infra petita*"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito".

2.- En el caso objeto del recurso, la promotora del incidente había solicitado el pago de la cantidad que le correspondía según el convenio aprobado en el concurso de Gymcol y, subsidiariamente, la declaración de incumplimiento del convenio, que conllevaría la apertura de la fase de liquidación.

El juzgado desestimó la pretensión relativa al pago del crédito que para la demandante Pons Química resultaba del convenio porque tal pretensión resultaba "radicalmente extravagante en esta sede".

También desestimó la pretensión subsidiaria de que se declarara incumplido el convenio. Pero, para "salvar la vigencia y virtualidad del convenio", el juzgado introdujo lo que denomina una "cláusula interpretativa" del convenio, que en realidad es una anulación parcial del mismo pues deja sin virtualidad la cláusula quinta del convenio, lo que se justifica con el argumento de que esa cláusula pasó inadvertida para los acreedores y no aparecía transcrita en la sentencia que aprobó el convenio.

Así pues, frente a la posición de la demandada concursada de que el crédito de la acreedora instante de la resolución del convenio se ha extinguido al no haber sido comunicada la cuenta corriente en la que debían realizarse los pagos en el plazo previsto en el convenio, el juzgado declara que "en orden a salvar la vigencia y virtualidad del convenio, procede habilitar un lapso de subsanación de la situación dada. A tal efecto, y considerando la consignación efectuada por la demandada, deberá su importe aplicarse al pago del derecho



de crédito titulado por el actor, y sin que desde luego pueda sostenerse en el futuro el argumento defensivo aquí articulado para justificar el impago (que no el incumplimiento)".

3.- La "cláusula interpretativa" del convenio que el juzgado incorpora a su decisión, y que en realidad consiste en una anulación parcial del convenio, es un pronunciamiento que excede de lo que era objeto de litigio.

Además, la solución que se acuerda en relación con la consignación contradice el pronunciamiento que desestima plenamente la demanda. Esa desestimación plena de la demanda implica que también se desestimó la pretensión de pago de la cantidad reconocida en convenio a la demandante, pues, según se argumentó en la sentencia, era "radicalmente extravagante en esta sede", lo que es incompatible con que se acuerde la entrega a la demandante de la cantidad reclamada en la demanda, que fue consignada *ad cautelam* por Gymcol para evitar la declaración de incumplimiento del convenio.

4.- El Juzgado, y luego la Audiencia al confirmar la sentencia de primera instancia, se exceden en su enjuiciamiento de lo que era la cuestión litigiosa. El tribunal de apelación, y antes el de primera instancia, sobre la base del incumplimiento alegado por el acreedor demandante y la objeción formulada por la concursada, podía haber estimado o desestimado la pretensión de pago de la cantidad reconocida a la demandante en el convenio, y, caso de desestimar esa primera pretensión, podía haber estimado o desestimado que se declarara el incumplimiento del convenio y se abriera la liquidación.

Lo que no podía hacer, sin incurrir en incongruencia, es desestimar la pretensión de pago de la cantidad reconocida en convenio y desestimar la resolución del convenio por incumplimiento, e introducir una "cláusula interpretativa" del convenio que supone en la práctica su anulación parcial y realizar un pronunciamiento, basado en tal "cláusula interpretativa", contradictorio con la desestimación de la demanda.

Nueva sentencia

CUARTO.- *Desestimación de la demanda*

1.- En un caso como el presente, en que se estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto al amparo del motivo 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la regla 7.ª del apartado 1 de la disposición final 16.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sala "dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación".

2.- El recurso de apelación ha sido interpuesto exclusivamente por la parte demandada, Gymcol. En el recurso no se discuten los hechos relevantes aducidos en la demanda para justificar la resolución del convenio y en la contestación para oponerse a la resolución. De acuerdo con la base fáctica fijada en la instancia y no cuestionada adecuadamente, Gymcol no pagó a Pons Química la cantidad que resultaba de aplicar la opción 3 del convenio al crédito que le había sido reconocido. Asimismo, la demandante no había comunicado la cuenta corriente en la que debían realizarse los pagos que le correspondían en cumplimiento del convenio.

Lo que se discute es la validez e interpretación de la cláusula quinta del convenio, transcrita en el apartado 2 del fundamento primero de esta sentencia.

3.- Si la concursada niega que subsista el crédito que se dice impagado por el acreedor que interpuso la demanda, porque no fue comunicada la cuenta en la que debía realizarse la transferencia de pago en el tiempo y en la forma "convenidos", el tribunal debe interpretar la cláusula para constatar si procedía tener por renunciados esos créditos.

Conforme al art. 129.1 de la Ley Concursal, al resolver los motivos de oposición a la aprobación del convenio aceptado, el tribunal puede interpretar el convenio cuando, como afirma el precepto, "sea necesario para resolver sobre la oposición formulada". Pero esta previsión normativa, específica por la singularidad de la exigencia legal de la aprobación judicial y el previo trámite de oposición, no excluye que, como ocurre con cualquier otro contrato o negocio jurídico, el tribunal pueda interpretarlo cuando sea necesario para resolver una pretensión relativa al incumplimiento de lo pactado y sobre las consecuencias de dicho incumplimiento.

4.- Lo que carece de cualquier relevancia, en contra de lo afirmado en la sentencia de primera instancia, es que la sentencia que aprobó el convenio reprodujera o dejara de reproducir alguna cláusula del convenio en la sentencia que lo aprobó. Ningún precepto de la Ley Concursal prevé que en la sentencia que apruebe el convenio deba transcribirse este, en parte o en su totalidad. Basta con que esté adecuadamente identificado el convenio que se aprueba, que además en este caso consta en un documento notarial. La aprobación del convenio afecta a la totalidad del mismo, sin que pueda sostenerse que algunas cláusulas no fueron aprobadas por el simple hecho de no aparecer recogidas en la sentencia de aprobación del convenio o suponer que pasaron desapercibidas para los acreedores.



De este modo, hemos de analizar qué fue lo convenido y, en su caso, su eficacia, a la vista de las previsiones legales sobre el contenido del convenio y los trámites legales para su control y aprobación judicial.

5.- El convenio alcanzado en el concurso de acreedores de Gymcol, junto al contenido propio previsto en el art. 100 Ley Concursal, estableció una cláusula, la quinta, relativa a la ejecución de los pagos convenidos, que preveía que los pagos se hicieran por transferencia bancaria a la cuenta corriente que cada acreedor indicara. Para ello se imponía a los acreedores la carga de comunicar, en el plazo de tres meses desde la firmeza de la aprobación del convenio, en qué cuenta corriente querían que se hiciera el pago de sus créditos. Y se establecía que, de no realizarse esta comunicación en este plazo, se entendería que ese acreedor renunciaba automáticamente y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, al primer pago. No a los siguientes, siempre y cuando se realizará la comunicación dentro de los tres primeros meses del periodo de pago correspondiente. En el caso objeto de este recurso, dada la opción aplicada al acreedor, la tercera de las propuestas alternativamente en el convenio, solo se había previsto un pago, por el 40% del crédito, tras una espera de dieciocho meses tras la eficacia del convenio.

Expresamente se pactaba que no debía considerarse incumplido el convenio por el impago de las cantidades debidas, cuando era consecuencia de la falta de comunicación en el plazo indicado de los datos de la cuenta corriente en qué realizar los pagos.

El tenor literal de la cláusula no ofrece duda de que lo previsto en el convenio aprobado judicialmente fue supeditar el cobro de cada uno de los fraccionamientos de pago convenidos a que, previamente, en un plazo de tres meses siguientes a la aprobación del convenio, en el caso del primer pago, y respecto del resto, al comienzo de cada periodo posterior, se comunicara en qué cuenta podía realizarse la transferencia.

En el caso de la opción tercera, como se ha dicho, el primer pago era el único previsto. La consecuencia del incumplimiento de esta carga sería la pérdida del derecho, por renuncia, al cobro de los pagos afectados.

6.- Si estuviéramos fuera del ámbito concursal, no siendo ilícito lo convenido, afectaría a las partes que prestaron su consentimiento libre y no viciado. Pero en el ámbito concursal, surge la duda de si el control judicial al tiempo de la aprobación del convenio, por la que se extenderán los efectos del convenio a todos los acreedores afectados conforme a lo previsto en el art. 134 de la Ley Concursal, permitiría aminorar el rigor de los efectos del incumplimiento de esa carga de comunicación.

Es muy significativo que, en el art. 131.1 de la Ley Concursal, el control judicial para la aprobación del convenio no se ciñe a la resolución de las posibles oposiciones, sino que, además, incluye un control de oficio por el juez:

"El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio aceptado por los acreedores si apreciare que se ha infringido alguna de las normas que esta ley establece sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la tramitación escrita o la constitución de la junta y su celebración".

En aquel momento, tras la aceptación del convenio, la ley permite rechazar de oficio su aprobación judicial cuando, entre otros motivos, se infrinja alguna de las normas que la ley establece sobre el contenido.

En nuestro caso, ni los acreedores ni el juez, de oficio, advirtieron que el convenio fuera contrario a las normas legales sobre su contenido del art. 100 de la Ley Concursal. De hecho, propiamente, el problema planteado aquí no afecta al alcance de la novación de los créditos propuesta y aceptada. La cuestión se sitúa en otro plano: si pueden pactarse formas de realizar los pagos y, al hilo de ello, si puede imponerse a los acreedores la carga de comunicar la cuenta corriente en la que quieren que se haga el pago de sus respectivos créditos, y si el incumplimiento de este deber puede conllevar la pérdida del derecho al cobro del correspondiente fraccionamiento de pago.

7.- Esta previsión convencional, que no afecta propiamente al contenido del convenio concursal, sino a la forma de hacerse el pago, no incumple los límites que respecto del contenido recoge el art. 100 de la Ley Concursal. Tampoco advertimos que infrinja normas de carácter imperativo, que, conforme a la doctrina contenida en nuestra sentencia 50/2013, de 19 de febrero, permitan tenerla por no puesta y aplicar la norma imperativa.

Nada impide que los acreedores, bien porque hayan votado a favor del convenio, bien porque, pese a no haberlo hecho, resulten vinculados por el convenio, queden obligados a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable de tres meses, con la consecuencia de que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de esos pagos.

8.- En consecuencia, si la cláusula quinta del convenio es válida y no infringe ninguna norma imperativa que impida su aplicación, debe desenvolver todos sus efectos. Entre ellos que los acreedores que no comunicaron la cuenta en la que debían hacerse las correspondientes transferencias de pago, dentro del plazo de tres meses desde la publicación de la aprobación del convenio, se entendería que habían renunciado a ese primer pago,



que, en el caso del demandante, era el único pago. De tal forma que, en ese caso, el acreedor no podía exigir el pago de su crédito, novado por el convenio, y esa falta de pago no podía considerarse un incumplimiento del convenio a los efectos del art. 140 de la Ley Concursal.

Por esta razón, la sentencia desestimatoria de la demanda no podía incluir esa "cláusula interpretativa", que dejaba sin efecto una cláusula del convenio, ni ese añadido en el fallo que, además, suponía una contradicción con el sentido del fallo, que era plenamente desestimatorio de la demanda.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial imposición. Como la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal ha impedido que se resolviera el de casación, tampoco hacemos expresa condena de las costas ocasionadas por este último.

2.- Al estimarse el recurso de apelación, no hacemos expresa condena en costas en dicho recurso, conforme al art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y al desestimarse la pretensión formulada en la demanda, procede imponer a la demandante las costas de primera instancia, conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- Procédase a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, 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- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Gymcol S.A., contra la sentencia 294/2015, de 16 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 396/2015, que anulamos.

2.º- En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Gymcol S.A. contra la sentencia 127/2014, de 27 de mayo, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, cuya parte dispositiva confirmamos respecto de la desestimación de la demanda y la absolución de la demandada Gymcol S.A. de las pretensiones contra ella ejercitadas, y modificamos en cuanto que acordamos la supresión de la remisión al último párrafo del fundamento jurídico segundo, e imponemos las costas de primera instancia a la demandante.

3.º- No hacer expresa condena de las costas ocasionadas por los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación. Procédase a la devolución de los depósitos constituidos

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.