



Roj: **STS 4462/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4462**

Id Cendoj: **28079110012020100667**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2020**

Nº de Recurso: **1427/2018**

Nº de Resolución: **696/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Palma de Mallorca, núm. 1, 22-03-2017,**  
**SAP IB 282/2018,**  
**STS 4462/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 696/2020**

Fecha de sentencia: 29/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1427/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1427/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 696/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 29 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca. Es parte recurrente la entidad Deportes y Residencia Geriátrica S.L., representada por la procuradora Elena Paula Yustos Capilla y bajo la dirección letrada de Bernardo Pinazo Osuna. Es parte recurrida la entidad Constructora RRASS Malagueña S.L., representada por la procuradora María Carmen Saborido Díaz y bajo la dirección letrada de Eduardo Sánchez Ramade Carrascosa; y Daniel, administrador concursal de la sociedad Deportes y Residencia Geriátrica S.L., representado por la procuradora Lucía Manchón Sánchez-Escribano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora María del Carmen Saborido Díaz, en nombre y representación de la entidad Constructora RRASS Malagueña S.L., interpuso demanda incidental de oposición al convenio concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, contra la entidad concursada Deportes y Residencia Geriátrica S.L., para que se dictase sentencia por la que:

"se declare rechazado el convenio, con apertura de la fase de liquidación".

2. El procurador Mateo Cabrer Acosta, en representación de la entidad Deportes y Residencia Geriátrica S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestimando las pretensiones del demandante, proceda a desestimar la oposición a la aprobación judicial de la propuesta de convenio y se apruebe judicialmente el convenio aprobado por los acreedores del concurso, condenando expresamente a las costas de este procedimiento incidental a la demandante".

3. Daniel, administrador concursal de la entidad Deportes y Residencia Geriátrica S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestimando las pretensiones deducidas por el demandante, confirme la aprobación judicial del convenio aprobado en Junta de acreedores, condenando expresamente al pago de las costas de este procedimiento incidental al demandante".

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que con desestimación de la demanda interpuesta por el Procurador Dña. María del Carmen Saborido Díaz en nombre y representación de Constructora Rrass Malagueña SL, en ejercicio de acción de oposición a la aprobación de la propuesta de convenio presentada por Deportes y Residencia Geriátrica SL debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos de la demanda. Todo ello con imposición de las costas a la actora".

5. Con fecha 23 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca dictó auto con la siguiente parte dispositiva:

"Dispongo declarar que debe incluirse en la sentencia de 22 de marzo de 2017, en el fundamento de derecho décimo, que la desestimación de la demanda comporta la aprobación del convenio con los efectos que se fijarán en el fallo de la sentencia. Y de igual forma, en el fallo debe añadirse la previsión de aprobar la propuesta de convenio presentada por la concursada votada a favor en la Junta de Acreedores de 5 de abril de 2016, produciendo efectos desde la fecha de la presente sentencia. Los efectos recogidos en el auto de declaración de concurso se verán sustituidos por los del convenio.

"Se acuerda que la Administración Concursal se mantendrá como comisión de control y seguimiento del convenio, con las facultades y condiciones que se recogen en la propuesta que se aprueba; y sin perjuicio de ostentar las funciones propias del cargo en relación con la sección de calificación, tras la cual deberá rendir cuentas ante este mismo Juzgado en el plazo de quince días ( art.133 LC).

"El convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, siendo que los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos.



"Subsisten los derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos, respecto de los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio.

"Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

"Se impone al concursado la obligación de presentar semestralmente informe acerca del cumplimiento de los términos del convenio, así uno final, cuando se entiendan cumplimentados los pactos alcanzados".

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Constructora RRASS Malagueña S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca mediante sentencia de 5 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimar el recurso interpuesto por la Procuradora Dña. María del Carmen Saborido Díaz en nombre y representación de Constructora Rrass Malagueña S.L. contra la sentencia dictada el 22 de marzo de 2017 y el Auto de fecha 23 de marzo de 2017, en la Pieza de Oposición la aprobación judicial de propuesta de convenio ICO nº 5, del concurso ordinario 277/2014, que revocamos y en consecuencia, procede

"Estimar la demanda de oposición a la aprobación del convenio aceptado en la Junta de acreedores celebrada el 5 de abril 2016.

"Rechazado el convenio procede la apertura de la fase de liquidación.

"Con condena en costas en la instancia y sin condena en costas de apelación".

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

1. El procurador Mateo Cabrer Acosta, en representación de la entidad Deportes y Residencia Geriátrica S.L., interpuso recurso de casación ante la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción del art. 100 (100.5) de la LC".

2. Por diligencia de ordenación la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.<sup>a</sup>) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Deportes y Residencia Geriátrica S.L., representada por la procuradora Elena Paula Yustos Capilla; y como parte recurrida la entidad Constructora RRASS Malagueña S.L., representada por la procuradora María Carmen Saborido Díaz; y Daniel, administrador concursal de la sociedad Deportes y Residencia Geriátrica S.L., representado por la procuradora Lucía Manchón Sánchez-Escribano.

4. Esta sala dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Deportes y Residencia Geriátrica SL, contra la sentencia dictada con fecha 5 de febrero de 2018 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación número 480/2017, dimanante del concurso número 277/2014, del Juzgado Mercantil número 1 de Palma de Mallorca".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Constructora RRASS Malagueña S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2020, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.



Deportes y Residencia Geriátrica S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 29 de mayo de 2014. Concluida la fase común, la junta de acreedores celebrada el día 5 de abril de 2016 aprobó la propuesta de convenio que contenía una quita del 80% de los importes de los créditos ordinarios (442.385,58 euros) y subordinados (1.271.592,61 euros), con una espera de diez años para los ordinarios y otros diez años para los subordinados, a contar desde el pago de los créditos ordinarios.

El convenio se aprobó con la adhesión de dos acreedores, cuyos créditos ordinarios alcanzaban la suma de 339.004 euros. Uno de los créditos, por un importe superior a 251.000 euros, son los honorarios del letrado de la concursada (interviniente en el juicio ordinario 2509/2009 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Málaga, instado por la Constructora RRASS Malagueña S.L., contra la concursada, por impago de las obras de realización del Centro Geriátrico construido). El otro crédito, de 88.000 euros, es un crédito concedido por la entidad Centro Deportivo Polux, S.L., cuyo domicilio social consta según el Registro Mercantil de Cádiz en el municipio de Jerez de la Frontera, constituida el 28 de noviembre de 2012 y cuyo administrador único, nombrado en la escritura de constitución es Isaac , quien, a su vez, es el apoderado general de la concursada y hermano del administrador único de la concursada ( Jenaro ).

El importe de los restantes créditos ordinarios, que correspondían a 24 acreedores, ascendía a 103.381,58 euros.

2. Constructora RRASS Malagueña, S.L., que es titular de un crédito subordinado, ha interpuesto una demanda de incidente concursal de oposición a la aprobación del convenio fundado en las siguientes causas: i) por el carácter lesivo del convenio para los acreedores y el enriquecimiento injusto de la constructora y sus socios, que mantienen la propiedad íntegra de los activos de la sociedad (más de cinco millones de euros), a costa de un sacrificio extraordinario de los acreedores; ii) los dos únicos acreedores adheridos a la propuesta de convenio, que tienen más del 75% del importe total de los créditos ordinarios son una sociedad del hermano del administrador de la concursada y el letrado de esta última; iii) no se cumplen las exigencias legales, en concreto la prevista en el art. 100.5 LC porque la propuesta no iba acompañada de un plan de viabilidad, sino de un plan de pagos impreciso, insuficiente y erróneo.

3. El juzgado mercantil desestimó la demanda de oposición y aprobó el convenio. La sentencia fue recurrida en apelación por Constructora RRASS Malagueña, S.L. y su recurso ha sido estimado por la Audiencia Provincial. La sentencia de apelación estima la concurrencia de "la causa de oposición relativa en la insuficiencia palmaria del plan de viabilidad, vulneradora de lo previsto en el art. 100.5 LC.

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la concursada, sobre la base de un motivo único.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo.* El motivo se funda en la aplicación contradictoria del art. 100.5 LC, al considerar su aplicabilidad y estimar que no existe regulación normativa de los planes de viabilidad y de pagos, habiéndose acompañado a la propuesta de convenio que resultó aprobada por los acreedores ordinarios, el correspondiente plan de viabilidad y de pagos, sin que le sea dable a la Audiencia hacer pronunciamientos sobre la viabilidad del plan.

En el desarrollo del motivo, se argumenta que la sentencia recurrida entra en el contenido del plan y declara su inviabilidad, "lo que va en contra de la doctrina jurisprudencial y, además, obvia la última declaración del perito de parte, que en el acto de la vista manifestó que él sí que compraría o apostaría por el geriátrico de la concursada".

Además, la recurrente, al final, denuncia que en realidad la demandante lo que impugnaba era la viabilidad económica del convenio, sin estar legitimado para ello, por tratarse de un acreedor subordinado, y sin que el tribunal pueda apreciarlo de oficio.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* Conviene advertir que la causa de oposición a la aprobación del convenio formulada por Constructora RRASS Malagueña S.L. y estimada por la Audiencia está prevista en el apartado 1 del art. 128 LC. La oposición se funda en la infracción de las normas legales sobre el contenido del convenio. En concreto en las previstas en el apartado 5 del art. 100 LC, precepto que lleva por rúbrica "contenido de la propuesta de convenio".

La legitimación para plantear esta causa de oposición viene regulada en el párrafo segundo del art. 128.1 LC:

"Estarán activamente legitimados para formular dicha oposición la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado



en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella".

Esta norma confiere legitimación a la demandante, que era titular de un crédito subordinado, en cuanto que se trata de un acreedor no asistente a la junta.

Cuestión distinta es si prospera o no la causa invocada, lo que será objeto de análisis a continuación. Lo que no cabe es, como pretende el recurrente, confundir la causa invocada con la prevista en el apartado 2 del art. 128 LC, que el cumplimiento del convenio sea objetivamente inviable, que sólo puede oponerse por la administración concursal o los acreedores que sumen el 5% de los créditos ordinarios. Razón por la cual rechazamos las objeciones sobre legitimación planteadas al final del recurso de casación.

**3.** El párrafo tercero del art. 128.1 LC, al prescribir los motivos de la oposición, se refiere en primer lugar a "la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio". El contenido del convenio se regulaba en el art. 100 LC, que en su apartado 5 preveía lo siguiente:

"Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros".

No se discute que el convenio Deportes y Residencia Geriátrica S.L. se encontraba afectado por esta previsión, y por ello debía ir acompañado de un plan de viabilidad. Y como declaramos en la sentencia 147/2015, de 26 de marzo:

"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".

La sentencia de apelación ha entendido que no se había presentado el plan de viabilidad, o mejor dicho que lo aportado con la propuesta de convenio no era propiamente un plan de viabilidad. Como hemos visto, no se trata tanto de apreciar que el cumplimiento del convenio no sea viable, como de apreciar que no se ha presentado un plan de viabilidad que explicara cómo se iban a generar los recursos necesarios para cumplir el plan de pagos. El tribunal de instancia llega a esta conclusión después de valorar la prueba documental y pericial:

"Revisada la declaración del perito en el acto de juicio concordamos en que el plan de viabilidad aportado carece de la más mínima explicación sobre los elementos necesarios para la continuación del negocio, por lo demás dado que es una residencia geriátrica, no parecía de difícil acreditación (quizá algún contrato con la previsión de residentes, el estudio de las necesidades de la zona etc).

"[...]

"En el propio convenio se dice que prevé pagar con un saldo pendiente de los deudores de la compañía (muy exiguo) y fundamentalmente con la continuación de la actividad. Puesto que la espera es de 10 años (20 para los subordinados) las previsiones del plan de viabilidad devienen un elemento esencial".

**4.** El tribunal realiza una valoración por la que entiende que el documento aportado con la propuesta de convenio no es propiamente un plan de viabilidad y por ello no se ha cumplido con la exigencia de su aportación prevista en el art. 100.5 LC. Esta valoración, a estos efectos, puede considerarse una valoración jurídica, pues se refiere a si se ha llegado a cumplir con un requisito legal. Esto es, si lo aportado con la propuesta de convenio reunía o no los requisitos necesarios para poder ser considerado un plan de viabilidad (no si el plan propuesto era o no viable, que es distinto). Pero el recurso no impugna esto. Centra su argumentación en que la Audiencia no podía realizar aquella valoración, sino que debía dar por cumplida la exigencia del plan de viabilidad con el documento presentado, sin entrar a valorarlo. Ya hemos visto que una cosa es valorar la viabilidad del plan y otra valorar si lo aportado es propiamente un plan de viabilidad. Esto segundo, sí que podía hacerlo el tribunal, y era esta valoración la que, en su caso, podía haber impugnado el recurrente, sin haberlo hecho.

**TERCERO.** *Costas*



Desestimado el recurso de casación, procede imponer las costas al recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el art 398.1 LEC, con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, 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 Desestimar el recurso de casación interpuesto por Deportes y Residencia Geriátrica S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) de 5 de febrero de 2018 (rollo 480/2017), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca de 22 de marzo de 2017 (incidente concursal 277/2014).

2.º Imponer a la parte recurrente las costas de su recurso con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.