

Roj: **STS 23/2017 - ECLI:ES:TS:2017:23**Id Cendoj: **28079110012017100007**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/01/2017**Nº de Recurso: **1642/2014**Nº de Resolución: **3/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 2474/2014,**
STS 23/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 10 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 145/2014 de 20 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 561/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, sobre resolución de convenio. El recurso fue interpuesto por Gymcol S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Baena Jiménez y asistida por el letrado D. Carlos Salinas Adelantado. Es parte recurrida Brenntag Química S.A., representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y asistida por el letrado D. Jon Aldecoa Viña.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La representación de Brenntag Química S.A., interpuso demanda incidental contra Gymcol S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

- » 1. Declare que Gymcol, S.A. ha incumplido las obligaciones derivadas del Convenio aprobado en el Concurso de Acreedores 841/2008.
- » 2. Declare que, como consecuencia de dicho incumplimiento, el Convenio aprobado mediante Sentencia de 11 de diciembre de 2009 ha quedado resuelto.
- » 3. Acuerde la apertura de oficio del concurso de la entidad Gymcol S.A. a efectos liquidatorios, con las consecuencias derivadas de los artículos 136, 140 y 143.1.5º de la Ley Concursal.
- » 4. Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este incidente concursal, en caso de que se oponga, con cuanto más proceda en Derecho».

2.- La demanda fue presentada el 4 de mayo de 2012 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia y fue registrada con el Incidente concursal núm. 561/2012, Procedimiento Concursal núm. 841/2008. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Gymcol S.A., contestó a la demanda y solicitó su desestimación con imposición de costas a la demandante.



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, dictó sentencia núm. 205/2012 de fecha 15 de junio, en la que desestimó la demanda de incidente concursal, absolvió a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, «no habiendo lugar a la pretendida declaración de incumplimiento del convenio, teniéndose por reproducido en todo caso, a los efectos pertinentes, el considerando que se contiene al último párrafo del fundamento jurídico segundo de esta sentencia», sin hacer expresa imposición de las costas.

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 Brenntag Química S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- Tras estimar el recurso de queja de Gymcol S.A. contra el auto que inadmitió el recurso de apelación por falta de gravamen, la resolución del recurso de apelación correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 1103/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 145/2014 en fecha 20 de mayo, que desestimó el recurso, con imposición de costas al recurrente 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. Cesar 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.- Se articula en base al art. 469.1.2º LEC, infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia. Violación del art. 218 LEC por incongruencia ultra petitum.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Recurso de casación por interés casacional del art. 477.2.3º 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.

»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.- Recurso de casación por interés casacional del art. 477.2.3º 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.

» Violación del artículo 129.1 LC en relación con el art. 100, 109, 128 y 131 LC ».

«Tercero.- Recurso de casación por interés casacional del art. 477.2.3º 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.

» Violación del art. 140 LC ».

«Cuarto.- Recurso de casación por interés casacional del art. 477.2.3º 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.

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

3.- Brenntag Química S.A. presentó escrito de oposición a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2016, 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 con los del recurso 760/2014 interpuesto también por Gymcol S.A. (en lo sucesivo, Gymcol), que fue resuelto por la sentencia 228/2016, de 8 de abril. Por tanto, la solución que debe darse a este recurso es la misma que la que se dio en dicha sentencia, por no encontrar razones que justifiquen modificar el criterio seguido en ella.

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.

El apartado 5 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 comunic 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.- En el año 2012, después de que varios acreedores concursales (Banco Español de Crédito S.A., Banco Popular Español S.A., I.M.C.D. España Especialidades Químicas S.A., Deutsche Bank S.A.E. e Instalaciones Técnicas de Valencia S.L.) hubieran promovido incidentes en el mismo sentido (que fueron acumulados y, tras las sentencias de primera y segunda instancia, finalizaron con la sentencia de esta sala 228/2016, de 8 de abril, a que se ha hecho referencia), Brenntag Química S.A. (en lo sucesivo, Brenntag) instó la declaración de incumplimiento del convenio por el impago de sus respectivos créditos, y la apertura de la fase de liquidación.

En el incidente concursal de resolución del convenio, la concursada, Gymcol, se opuso a esta pretensión porque no había existido ningún incumplimiento de las obligaciones novadas con el convenio, pues, en realidad, el crédito que se alegaba que había resultado impagado no había sido comunicado a tiempo, conforme a la cláusula 5.ª del convenio, y por ello se había producido el consiguiente efecto de renuncia previsto en dicha cláusula.

4.- El Juzgado Mercantil desestimó la petición de declaración de incumplimiento del convenio. Pero, al mismo tiempo, declaró:

«[...] 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...».

Por tal razón, en el fallo, además de acordar la desestimación de la pretendida declaración de incumplimiento del convenio, el juzgado añadió:

«[...] 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, 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 sin ulterior gracia, el deudor deberá regularizar la situación



habida con los acreedores frustrados en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente, y sin que desde luego pueda sostenerse en el futuro el argumento defensivo aquí articulado para justificar el impago (que no el incumplimiento). Esto es, si transcurrido tal plazo, se denunciara supuesto de ulterior impago con una tal motivación, es claro que sí se apreciará supuesto radical de incumplimiento, pues ya no cabría interpretación diversa de la cláusula negocial invocada».

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. El Juzgado no admitió el recurso porque entendió que quién apelaba no soportaba gravamen por la sentencia recurrida. La Audiencia, sin embargo, estimó el recurso de queja interpuesto por Gymcol y admitió la apelación, al considerar que la demandada sí resultaba gravada por aquella resolución en cuanto al pronunciamiento sobre costas.

6.- La Audiencia desestimó el recurso, con la siguiente argumentación, que transcribía de la anterior sentencia dictada en el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el otro incidente promovido con el mismo objeto:

«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", atendido -hemos de decirlo sin ambages- que el tenor del convenio resulta, al menos, inaplicable a las entidades bancarias, que no pueden facilitar a un deudor número de cuenta "propio" o distinto del que, el propio deudor mantenga, a su vez, en esa misma entidad, que, evidentemente, conoce como contratante que es; 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, e, incluso, de imposible e innecesario cumplimiento por parte de las entidades bancarias o financieras. 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.»

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

Los recursos, en contra de lo que pretende la recurrida, están correctamente formulados, por lo que son admisibles, como ya se acordó por la sala en el auto de admisión. No puede aceptarse que la recurrente carezca de gravamen porque su recurso se refiere a un *obiter dicta*. Lo impugnado por Gymcol es un pronunciamiento incluido en el fallo de la resolución, tal como se desprende de lo resuelto por esta sala en la sentencia 228/2016, de 8 de abril, y como se verá al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal.

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:

«Se articula en base al art. 469.1.2º LEC, infracción de 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 habían ejercitado la acción de incumplimiento del convenio, prevista en el art. 140 de la Ley Concursal, 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 al último párrafo del fundamento jurídico segundo, una advertencia al deudor de que si no paga los créditos de los instantes en un mes desde la notificación de la sentencia, no podrá oponer la objeción planteada basada en el apartado 5 del convenio para justificar el impago, con vistas 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, sin imponer al deudor concursado un plazo de un mes para pagar a los instantes del incidente sus créditos. La recurrente entiende que esta orden 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 Sentencias 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 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 la declaración de incumplimiento del convenio y la apertura de la fase de liquidación, y el juzgado desestimó esta pretensión. Lo hizo por razones distintas a las invocadas por la concursada, que presuponen una interpretación del convenio, en concreto del apartado 5, distinta de la realizada por la concursada. 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 entiende que ese crédito no está extinguido y se adeuda. De tal modo que si no se paga en un plazo de un mes, podría justificar una futura acción de resolución por incumplimiento del convenio. Y es, respecto de esta última apreciación, que incorpora a su decisión un pronunciamiento que excede de lo que era objeto de litigio.

El pronunciamiento del juzgado no se limita a estimar o desestimar la petición de que se declare el incumplimiento del convenio y se abra la liquidación, sino que, a la vista de la objeción formulada por la concursada, introduce un pronunciamiento que contiene la declaración de que el crédito cuyo incumplimiento alegó el demandante, se adeuda, y concede un plazo de gracia de un mes para su pago, con la expresa advertencia de que su impago podría motivar la declaración de incumplimiento del convenio y su consiguiente resolución.

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 que se declarara el incumplimiento del convenio y se abriera la liquidación. Pero no podía, sin incurrir en incongruencia, desestimar momentáneamente la resolución del convenio y conceder un plazo de gracia de un mes para que el deudor hiciera el pago con la advertencia de que, de no hacerlo así, podría volver a pedirse la resolución del convenio basado en aquel mismo impago.

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 2º del art. 469.1 LEC, 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.- 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. La concursada no niega el impago que se denuncia y el demandante no niega que en el plazo de tres meses desde la aprobación del convenio dejó de comunicar la cuenta corriente en la que debían realizarse los pagos que le correspondían en cumplimiento del convenio.

Lo que se discute es la validez de la cláusula 5.ª del convenio, transcrita en el apartado 2 del fundamento primero de esta sentencia, y su interpretación.

3.- Si la concursada niega que subsista el crédito que se dice impagado por el acreedor que solicitó la resolución del convenio, 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.

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

4.- El convenio alcanzado en el concurso de acreedores de Gymcol, junto al contenido propio previsto en el art. 100 Ley Concursal, estableció un pacto, el quinto, relativo 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.

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 consentido por las partes que prestaron su aceptación, cuyos efectos se extienden al resto de los acreedores como consecuencia de la aprobación judicial, 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. La consecuencia del incumplimiento de esta carga sería la pérdida del derecho, por renuncia, al cobro de los pagos afectados.

5.- 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 permitía rechazar de oficio su aprobación judicial cuando, entre otros motivos, se infringía 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.

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 las partes se comprometan a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable de tres meses y que acepten que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de esos pagos.

6.- 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, respecto del primer pago, 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. De tal forma que, en ese caso, su falta de pago no podía considerarse



un incumplimiento del convenio a los efectos del art. 140 de la Ley Concursal , y por ello debía desestimarse la pretensión de la demandante que solicitó la resolución del convenio.

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, la declaración de incumplimiento del convenio y la apertura de la fase de liquidación, 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, 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 núm. 145/2014 de 20 de mayo, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 1103/2013 . **2.º-** Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Gymcol S.A. contra la sentencia 205/2012, de 15 de junio, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia , cuya parte dispositiva confirmamos respecto de la desestimación de las demandas de resolución del convenio y de 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 para interponer los recursos. 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.