



Roj: **STS 1622/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1622**

Id Cendoj: **28079110012016100226**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **760/2014**

Nº de Resolución: **228/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 533/2014,**
STS 1622/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal seguidos ante Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia.

Los recursos fueron interpuestos por la entidad Gymcol S.A., representada por el procurador Miguel Ángel Baena Jiménez.

Es parte recurrida las entidades Instalaciones Técnicas de Valencia, S.L., representada por la procuradora Mercedes Albi Murcia, Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez, y la sociedad IMCD España Especialidades Químicas, S.A., representada por la procuradora Paloma Ortíz Cañavate.

Autos en los que también han sido parte las entidades Banco Español de Crédito S.A. y Deutsche Bank, Sociedad Anónima Española, que no se han personado ante esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora Mª Teresa de Elena Silla, en nombre y representación de la entidad Banco Español de Crédito S.A., interpuso demanda de incidente concursal (num. 1181/2011) ejercitando acción por incumplimiento de convenio ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, contra la entidad Gymcol, S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se declare incumplido el convenio por parte de la concursada y en consecuencia, se declare abierta la fase de liquidación del patrimonio del deudor, así como la sección de calificación, con expresa imposición de costas al deudor».

2.- El procurador César Javier Gómez Martínez, en representación de la entidad Gymcol, S.A. contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«desestime íntegramente la pretensión de contrario con imposición de las costas causadas a la demandante».

3.- La procuradora María Ángeles Miralles Ronchera, en representación de la entidad Banco Popular Español, S.A., interpuso demanda de incidente concursal (num. 1210/2011) ejercitando acción por incumplimiento de



convenio ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, contra la entidad Gymcol, S.A., para que se dictase sentencia:

«se estime la pretensión de mi parte y en consecuencia, se declare incumplido el convenio por parte del concursado y oportunamente se declare abierta la fase de liquidación del patrimonio del deudor y la reapertura de la sección de calificación, con expresa imposición de costas al deudor».

4.- El procurador César Javier Gómez Martínez, en representación de la entidad Gymcol, S.A. contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«desestime íntegramente la pretensión de contrario con imposición de las costas causadas a la demandante».

5.- El procurador Sergio Llopis Aznar, en representación de la entidad I.M.C.D. España Especialidades Químicas, S.A, interpuso demanda de incidente concursal (num. 1331/2011) ejercitando acción por incumplimiento de convenio ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, contra la entidad Gymcol, S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que se declare incumplido el Convenio por parte de la concursada y en consecuencia, se declare abierta la fase de liquidación del patrimonio del deudor, así como la sección de calificación, con expresa imposición de costas al deudor».

6.- El procurador César Javier Gómez Martínez, en representación de la entidad Gymcol, S.A. contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«desestime íntegramente la pretensión de contrario con imposición de las costas causadas a la demandante».

7.- La procuradora Elena Gil Bayo, en representación de la entidad Deutsche Bank, Sociedad Anónima Española, interpuso demanda de incidente concursal (num. 1521/2011) ejercitando acción por incumplimiento de convenio ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, contra la entidad Gymcol, S.A., para que se dictase sentencia:

«acuerde la declaración de incumplimiento del convenio y el cese de sus efectos, abriendo la fase de liquidación, con expresa imposición de costas a la demandada».

8.- El procurador César Javier Gómez Martínez, en representación de la entidad Gymcol, S.A. contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«desestime íntegramente la pretensión de contrario con imposición de las costas causadas a la demandante».

9.- El procurador Daniel Campos Canet, en representación de la entidad Instalaciones Técnicas de Valencia S.L. (Intecval), interpuso demanda de incidente concursal (num. 291/2012) ejercitando acción por incumplimiento de convenio ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, contra la entidad Gymcol, S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que estimando la presente petición, declare incumplido el convenio aprobado en la Sentencia de 11.12.2009, declarando su rescisión y la desaparición de los efectos novatorios que sobre los créditos supuso la aprobación de dicho Convenio; condenando en costas del presente incidente a Gymcol, S.A. y a cualesquiera otras personas que se opusieren a la presente demanda»

10.- El procurador César Javier Gómez Martínez, en representación de la entidad Gymcol, S.A. contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

«desestime íntegramente la pretensión de contrario con imposición de las costas causadas a la demandante».

11.- El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia acordó la acumulación de los diferentes incidentes incoados. Dictó sentencia con fecha 10 de abril de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda de incidente concursal en cada caso promovida por el Procurador Sra. De Elena Silla en la representación que ostenta de Banco Español de Crédito S.A., por el Procurador Sra. Miralles Ronchera en la representación que ostenta de Banco Popular Español S.A., por el Procurador Sr. Llopis Aznar en la representación que ostenta de I.M.C.D. España Especialidades Químicas S.A., por el Procurador Sra. Gil Bayo en la representación que ostenta de Deutsche Bank S.A.E., y por el Procurador Sr. Campos Canet en la representación que ostenta de la mercantil Instalaciones Técnicas de Valencia S.L., contra la entidad Gymcol S.A., se absuelve a la entidad 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 pronunciamiento en materia de costas procesales».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia



La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Gymcol S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 4 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Gymcol S.A. frente a la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Valencia, con fecha 10-4-12. que se confirma, 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 César Javier Gómez Martínez, en representación de la entidad Gymcol S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«1.º.- Infracción del art. 218 LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1.º.- Infracción de 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 .

2.º.- Infracción del art. 129.1 LC en relación con el art. 100, 129, 128 y 131 LC .

3.º.- Infracción del art. 140 LC .

4.º.- Infracción del art. 1281.1 CC ».

2.- Por diligencia de ordenación de 17 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 Gymcol S.A., representada por el procurador Miguel Ángel Baena Jiménez; y como parte recurrida las entidades Instalaciones Técnicas de Valencia, S.L., representada por la procuradora Mercedes Albi Murcia, Banco Popular Español S.A., representada por la procuradora María José Bueno Ramírez, y la sociedad IMCD España Especialidades Químicas, S.A., representada por la procuradora Paloma Ortíz Cañavate.

4.- Esta Sala dictó Auto de fecha 23 de diciembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de la entidad mercantil "Gymcol, S.A.", contra la Sentencia dictada, en fecha 4 de febrero de 2014, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), en el rollo de apelación nº 733/2013 dimanante de los autos de incidente concursal nº 1181/2011, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia».

5.- Dado traslado, las representaciones procesales de las entidades IMCD España Especialidades Químicas, S.A., Instalaciones Técnicas de Valencia S.L. y Banco Popular Español S.A., presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

6.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

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.

El 24 de octubre de 2008, fue declarado el concurso voluntario de Gymcol, S.A. (en adelante, Gymcol), que se tramitó con una propuesta anticipada de convenio. El convenio fue aprobado judicialmente el 11 de diciembre de 2009, sin que hubiera existido ninguna oposición.

El apartado 5 de la propuesta de convenio aceptada por la mayoría de los acreedores y aprobada por el juzgado tiene el siguiente contenido:

«5. 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».

Con posterioridad, en el año 2011, 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.) instaron 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, los créditos que se aducían impagados no habían sido comunicados a tiempo, conforme a la cláusula 5ª del convenio, y por ello se había producido el consiguiente efecto de renuncia previsto en dicha cláusula.

2. El juzgado mercantil desestimó la petición de declaración de incumplimiento del convenio. Pero, al mismo tiempo, entendió lo siguiente:

«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 ello, en el fallo, además de acordar la desestimación de la pretendida declaración de incumplimiento del convenio, 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.

3. La concursada recurrió en apelación. El juzgado, en un primer momento, no admitió el recurso porque entendió que quién apelaba no soportaba gravamen por la sentencia recurrida. La Audiencia, sin embargo, sí estimó la queja y con ello admitió la apelación, pero respecto del pronunciamiento de las costas, que era el único que le podía perjudicar, en cuanto que no se habían impuesto a los demandantes a pesar de haber sido desestimadas sus pretensiones.

La Audiencia desestima el recurso, con la siguiente argumentación:



«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.»

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

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo* . El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , por infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia. En concreto, denuncia la infracción del art. 218 LEC , por incongruencia *ultra petitum* .

Los instantes del incidente concursal habían ejercitado la acción de incumplimiento del convenio, prevista en el art. 140 LC , 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. El recurrente entiende que esta orden contiene una condena de futuro, sin juicio ni contradicción alguna.

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

2. *Estimación del motivo* . Conforme a la jurisprudencia de esta sala:

«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» (Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). «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» (Sentencia núm. 468/2014, de 11 de septiembre).

En nuestro caso, se 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 los créditos de los acreedores instantes de la resolución del convenio se han 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 esos créditos no están extinguidos y se adeudan. De tal modo que si no se pagan en un plazo de un mes, podrían 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 los créditos cuyo incumplimiento esgrimieron los demandantes se deben 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 instancia, sobre la base del incumplimiento aducido por los acreedores demandantes 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 los pagos con la advertencia de que, de no hacerlo así, podría volver a pedirse la resolución del convenio basado en aquellos mismos impagos.

TERCERO.- Efectos de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal

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 7ª del apartado 1 de la disposición final 16ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil , prescribe que la Sala «dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación».

2. Conviene tener presente que 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 que los pagos que se denuncian incumplidos no se hayan realizado y las demandantes no niegan que en el plazo de tres meses desde la aprobación del convenio no comunicaron la cuenta corriente en la que debían realizarse los cobros que a cada uno les correspondía en cumplimiento del convenio.

Lo que se discute es la validez de la cláusula 5ª y su interpretación.

«5. 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».

Si la concursada niega que subsistan los créditos que se dicen impagados por los acreedores instantes de la resolución, porque no fueron comunicadas las cuentas en las que debían realizarse las transferencias 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 LC , 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.

3. El convenio alcanzado en el concurso de acreedor de Gymcol, junto al contenido propio previsto en el art. 100 LC , estableció un pacto, el quinto, relativo a la ejecución de los pagos convenidos. En este apartado 5 del convenio se 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, como consecuencia de la falta de comunicación en el plazo indicado de los datos de la cuenta corriente en qué realizar los pagos.

Al margen del juicio de validez de la cláusula, el tenor literal de la cláusula no ofrece duda de que lo querido 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.

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 LC, permitiría aminorar el rigor de los efectos del incumplimiento de esa carga de comunicación.

Es muy significativo que, en el art. 131.1 LC, 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:

«1. 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 LC. 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 LC. Y tampoco advertimos que infrinja normas de carácter imperativo, que, conforme a la doctrina contenida en la 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.

En consecuencia, si la cláusula 5ª 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 LC, y por ello debían desestimarse las pretensiones de los demandantes de resolución del convenio.

CUARTO.- Costas

Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no imponemos las costas a ninguna de las partes (art. 398.1 LEC). 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.

Estimada la apelación, no hacemos expresa en costas (art. 398.2 LEC).



Desestimadas las pretensiones de quienes instaron el incidente de declaración de incumplimiento del convenio y de apertura de la fase de liquidación, procede imponerles las costas de primera instancia (art. 394 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de Gymcol, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) de 4 de febrero de 2014 (rollo núm. 733/2013), que anulamos, sin imponer las costas a ninguna de las partes.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Gymcol, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 10 de abril de 2012 (incidente concursal 1181/2011, al que se acumularon los incidentes 1210/2011, 1331/2010 , 1521/2011 y 291/2012), 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 las demandantes.

3.º No hacer expresa condena de las costas ocasionadas por los recursos de apelación y de casación.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.