



Roj: **STS 1647/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1647**

Id Cendoj: **28079119912016100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **13/04/2016**

Nº de Recurso: **2910/2013**

Nº de Resolución: **246/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1360/2013,**  
**STS 1647/2016**

## **SENTENCIA**

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

Esta Sala, constituida en Pleno, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Secundino y Vanyera, S.A., representados por la procuradora D.ª María Moreno de la Barreda Rovira, bajo la dirección letrada de D. Manuel Olivencia Ruiz y D. Salvador Cuyás Jorge; contra la sentencia dictada el 24 de julio de 2013 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación núm. 598/2012, dimanante de Incidente Concursal en la Sección Sexta del Concurso núm. 21/2006, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria. Sobre oposición a la calificación. Han sido partes recurridas Cajas Rurales Unidas, Sociedad Cooperativa de Crédito -ahora Cajas Rurales Unidas-, y la Administración concursal de Vanyera 3, S.L., representada por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado y bajo la dirección letrada de D. Armando L. Betancor Álamo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- En el concurso de la sociedad Vanyera 3, S.L., el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, de fecha 26 de octubre de 2007, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Se da por concluida la fase común del concurso, y sin apertura de la fase de convenio, se declara aprobado el convenio presentado por la entidad deudora, VANYERA 3 S.L., en propuesta anticipada obtuvo adhesiones que representan un importe total del pasivo de 10.310.528,95 euros, superior a la mitad del pasivo ordinario, pasivo ordinario que alcanza la suma total de 19.515.697,26 euros.

»Se decreta el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que se establecen en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes del deudor de comparecer ante este Juzgado tantas veces sea requerido, colaborar e informar en todo lo necesario para el interés del concurso y el convenio.

»Se decreta el cese de los administradores concursales, sin perjuicio de lo previsto en el capítulo II del título VI de la Ley Concursal (intervención de dichos administradores en la sección de calificación).

»Requíerese a dichos administradores a fin de que rindan cuentas de su actuación ante este Juzgado en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente resolución.

»Los acreedores privilegiados, ordinarios y subordinados quedarán vinculados al contenido del convenio, en los términos expresados en los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo de la presente sentencia.



»Requíerese a la entidad deudora, a fin de que, con periodicidad semestral, a partir de la fecha de esta sentencia, informe a este Juzgado acerca del cumplimiento del convenio.

»Hágase pública la presente sentencia aprobatoria del convenio por medio de edictos que se insertarán con la mayor urgencia en el Boletín Oficial del Estado y en el diario "La Provincia" de Las Palmas de Gran Canaria, en la forma y con los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley Concursal .

»De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Concursal , expídase mandamiento por duplicado al Registro Mercantil de la Palmas de Gran Canaria, para constancia del cese de la intervención de las facultades de administración y disposición, así como del cese de los administradores concursales y de la aprobación del convenio.

»Fórmese la sección sexta, de calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta sentencia y a la que se incorporarán testimonios de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación que hubiera presentado el deudor con su solicitud y a requerimiento del juez, y del auto de declaración del concurso. Dentro de los diez días siguientes a la última publicación de esta resolución, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable».

**2.-** Conforme a lo ordenado en dicha sentencia, la administración concursal de Vanyera 3, S.L. presentó el informe de calificación requerido y solicitó al Juzgado:

«[...]acuerde tener por cumplimentado, en tiempo y forma, el trámite ordenado por el artículo 169.1 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, relativo a la elaboración y presentación por la Administración Concursal de un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes que incidan en la calificación de la sociedad concursada Vanyera 3, S.L. con la propuesta de resolución, que es, para la Administración Concursal, que se califique de fortuita.»

**3.-** Del contenido de la sección sexta se dió traslado al Ministerio Fiscal, quien emitió el oportuno informe:

«En el trámite del art. 169 de la Ley Concursal ; vista la sentencia de 26-10-2007 y el informe de los administradores concursales de la entidad mercantil Vanyera S.L. de 10-1-08; muestra su conformidad con la propuesta de que el concurso de la referida entidad sea calificado de fortuito».

**4.-** Por auto de fecha 4 de abril de 2008, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de las Palmas declaró el concurso fortuito y dispuso el archivo de la sección de calificación.

**5.-** Cuando el convenio estaba en plazo de cumplimiento, la concursada solicitó la apertura de la fase de liquidación, al no poder cumplirlo. Por lo que el juzgado dictó auto, de fecha 26 de marzo de 2009, en el que acordó la apertura de la fase de liquidación y la reapertura de la sección de calificación.

**6.-** La Administración concursal presentó nuevo informe de calificación y solicitó al Juzgado que:

«A) Se declare:

»1º.- La calificación de "culpable" del concurso de Vanyera 3 S.L.

»2º.- Las personas afectadas por la calificación de culpable son:

1.- D. Secundino .

2.- D<sup>a</sup> Aida

3.- Vanyera, S.A.

»3º.- Subsidiariamente, y para el caso de que no declaren como culpable a D<sup>a</sup> Aida , como petición subsidiaria en tal caso, esta Administración Concursal interesa sea declarada como cómplice ex artículo 166 de la LC , de acuerdo con lo establecido en el cuerpo de este Informe de Calificación.

» B) Se condene:

»1º.- A D. Secundino , a D.<sup>a</sup> Aida y a Vanyera, S.A., a pagar solidariamente a los acreedores concursales la totalidad de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa y que se cuantifican en la cantidad de 46.718.610,98 €, así como los créditos contra la masa que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, con el devengo de intereses legales desde la presentación de este Informe de Calificación, así como intereses procesales previstos en el artículo 576 de la LEC , desde la fecha de la Sentencia que recaiga en la presente pieza de calificación.

»2º.- A la pérdida de cualquier derecho que D. Secundino , D<sup>a</sup> Aida y Vanyera, S.A., tuvieran como acreedores concursales o contra la masa de Vanyera 3, S.L.



»3º.- A inhabilitar a D. Secundino , D<sup>a</sup> Aida y Vanyera, S.A., para administrar bienes ajeno durante el plazo de diez (10) años.»

7.- A su vez, el Ministerio Fiscal informó:

«[...] procede declarar el presente concurso como CULPABLE, en base a los mismos motivos esgrimidos por la Administración Concursal».

8.- El procurador D. Gerardo Pérez Almeida, en representación de Vanyera, S.A, formuló oposición a la calificación emitida por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, y suplicó al juzgado:

«[...] se dicte sentencia por la que se califique el concurso de "Vanyera 3 ,S.L" como fortuito y, en todo caso, desestime íntegramente las pretensiones que se deducen del informe de la administración concursal respecto de "Vanyera, S.A.", con imposición de costas a quien se oponga a esta pretensión y cuanto demás procesa de Derecho».

Asimismo, el procurador D. Gerardo Pérez Almeida, en representación de D. Secundino , presentó escrito de oposición a la calificación emitida por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, y suplicó al Juzgado:

«[...] se dicte sentencia por la que califique el concurso de Vanyera 3, S.L. como fortuito y, en todo caso, desestime íntegramente todas las pretensiones que se deducen del informe de la administración concursal respecto de D. Secundino , con imposición de las costas a quien se oponga a esta pretensión y cuanto demás proceda en Derecho».

Igualmente, el mismo procurador, en representación de D.<sup>a</sup> Aida , presentó escrito de oposición a la pretensión de calificación y solicitó al Juzgado:

«[...] se dicte sentencia por la que se califique el concurso de Vanyera 3, S.L. como fortuito y, en todo caso, desestime íntegramente las pretensiones que se deducen del informe de la administración concursal respecto de D.<sup>a</sup> Aida . Todo ello, con expresa condena en costas a la parte que ha interesado de forma improcedente la declaración de complicidad de mi representada».

9.- Tras seguirse los trámites oportunos, el juzgado de lo mercantil n.º 1 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, de 18 de julio de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo la pretensión de calificación del concurso como culpable en razón de incumplimiento del convenio imputable a la concursada o a las personas afectadas por la calificación, y en su virtud dictar los siguientes pronunciamientos:

»Primero.- Absolver a Secundino , a Aida y a Vanyera, S.A, de todos los pedimentos deducidos en su contra.

»Segundo.- Condenar al pago de las costas de D<sup>a</sup> Aida y de Vanyera, S.A. a la concursada, debiendo satisfacerse con cargo a la masa, reputándose la pretensión inestimable; sin que haya lugar a condena en costas en cuanto a pretensión frente a D. Secundino ».

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la Administración Concursal de Vanyera 3, S.L., recurso al que se adhirió el Ministerio Fiscal.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 598/2012 ; y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de julio de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLO: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2011 , confirmando la desestimación de la pretensión de calificación del concurso como culpable dirigida contra D.<sup>a</sup> Aida con absolución de la misma, respecto de todos los pedimentos deducidos en su contra, y asimismo confirmamos el pronunciamiento sobre las costas de la pretensión dirigida frente a D.<sup>a</sup> Aida , y al propio tiempo, revocamos la desestimación de la pretensión de calificación dirigida contra D. Secundino y contra Vanyera, S.A., dejándola sin efecto, y en su lugar estimamos parcialmente la pretensión de calificación dirigida contra D. Secundino y contra Vanyera, S.A., declarando la calificación de culpable del concurso de Vanyera 3, S.L., declarando que las personas afectadas por la calificación son D. Secundino en su condición de administrador de derecho de la concursada y Vanyera, S.A., en su condición de administradora de hecho, a quienes condenamos a la cobertura parcial del déficit concursal por el importe de 6.716.538 € en el caso de la condena de D. Secundino y por importe de 3.492.484€ en el caso de la condena de Vanyera, S.A., respondiendo solidariamente ambos respecto de la mencionada cantidad de 3.492.484€, devengando dichas cantidades intereses legales desde la fecha de la presente sentencia, conforme al art. 576 LEC , condenando igualmente a D. Secundino y a Vanyera, S.A., a la

pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o contra la masa de Vanyera 3, S.L., así como a la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante el plazo de dos años en el caso de Vanyera, S.A., y de tres años en el caso de D. Secundino , sin hacer especial imposición de las costas derivadas de la pretensión dirigida frente a D. Secundino y a Vanyera, S.A., sin especial imposición de las costas de la alzada».

**3.-** El procurador D. Gerardo Pérez Almeida, en representación de Vanyera, S.A., presentó escrito solicitando la aclaración, rectificación y complemento de la sentencia de 24 de julio de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria , dictándose por ésta Auto de fecha 2 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«LA SALA ACUERDA: No ha lugar a lo solicitado mediante escrito nº 1510/13 presentado por el Procurador de los Tribunales D. Gerardo Pérez Almeida en representación de Vanyera, S.A.»

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

**1.-** El procurador D. Gerardo Pérez Almeida, en representación de D. Secundino , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo de los números 2º y 4º del art. 469 LEC . Infracción de los arts. 399.1 , 400 y 412 LEC , en relación con el art. 218.1 LEC y el art. 24 CE , sobre la interdicción de la *mutatio libelli* .

Segundo.- Al amparo de los números 2º y 4º del art. 469 LEC . Infracción del art. 400 LEC , en relación con el art. 170.1 LC y el art. 24 CE , teniendo en cuenta el informe de calificación presentado tras la aprobación del convenio de acreedores.

Tercero.- Al amparo del art. 469.2º LEC . Infracción de los arts. 216 y 456 LEC , en relación con los principios de justicia rogada y *tantum devolutum quantum appellatum* , sobre la apreciación de irregularidades contables cuya desestimación en primera instancia no fue objeto de impugnación en el recurso de apelación.

Cuarto.- Al amparo de los núm. 2 y 4 del apartado 1 del art. 469 LEC ., infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, contenidas en los arts. 217 , 218 , 316.2 , 319 , 326 , 348 y 376 LEC , al no incidir la motivación de la sentencia en todos los elementos fácticos del pleito, ni considerados individualmente ni en su conjunto, y no ajustarse a las reglas de la lógica y la razón en la apreciación y valoración de la prueba practicada , en especial, la de naturaleza pericial contable».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción de los artículos 167.2 , 168.2 y 169.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio (Ley Concursal ) .

Segundo.- Infracción del artículo 164.2.3º LEC y del artículo 4.2 del Código Civil .

Tercero.- Infracción de lo dispuesto en los arts. 164 y 165.1 LC en relación con los arts. 142.3 LC y 4.1 y 2 CC ».

**2.-** Igualmente, el procurador D. Gerardo Pérez Almeida, en representación de Vanyera S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Infracción del art. 172.2.1º LC y de la doctrina jurisprudencial del administrador de hecho».

**3.-** 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 7 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Secundino , contra la Sentencia dictada, con fecha 24 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 598/2012 , dimanante de los autos de la sección sexta, de calificación, del concurso ordinario nº 21/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas.

»2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil VANYERA, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha 24 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 4ª) en el rollo de apelación nº 598/2012 , dimanante de los autos de la sección sexta, de calificación, del concurso ordinario nº 21/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas.



»3º) Y entréguese copias de los escritos de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, formalizados por las partes recurrentes, con sus documentos adjunto, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DIAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría, y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al MINISTERIO FISCAL.».

4.- Se dio traslado a las partes recurridas y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

Transcurrido el plazo concedido a las demás partes recurridas para que formalizaran su oposición a la admisión del recurso de casación, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

5.- Por providencia de 1 de febrero de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite, y, se acordó resolver el presente recurso por el Pleno de la Sala, señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 16 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.- Por auto de 1 de junio de 2006 se declaró en concurso voluntario a la compañía mercantil Vanyera 3, S.L.

2.- El 26 de octubre de 2007 se dictó sentencia que aprobó el convenio previamente aceptado por la junta de acreedores. En dicho convenio se pactó una quita del 32,5% y una espera de 6 años, por lo que en la propia sentencia se acordó la apertura de la sección de calificación.

3.- La administración concursal y el Ministerio Fiscal emitieron sendos informes en los que calificaban el concurso como fortuito, por lo que el juzgado dictó auto el 4 de abril de 2008 , en el que decretó el archivo de la sección de calificación.

4.- Ante la imposibilidad de cumplir el convenio, la concursada solicitó la liquidación el 16 de marzo de 2009. A raíz de lo cual, el juzgado dictó auto de 26 de marzo de 2009, en el que acordó la apertura de la fase de liquidación y la reapertura de la sección de calificación.

5.- La administración concursal y el Ministerio Fiscal, en sus respectivos informe y dictamen, respectivamente, solicitaron que se declarase el concurso como culpable, a lo que se opusieron la sociedad concursada y las personas identificadas como responsables.

6.- Tramitada la sección de calificación, se dictó sentencia por el juzgado de lo mercantil en la que desestimó la pretensión de calificación del concurso como culpable en razón de incumplimiento del convenio imputable a la concursada o a las personas afectadas por la calificación.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la administración concursal, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente y declaró culpable el concurso de Vanyera 3, S.L., y como personas afectadas por la calificación a D. Secundino , en su condición de administrador de derecho de la concursada, y a Vanyera, S.A. en su condición de administradora de hecho. A quienes condenó a la cobertura parcial del déficit concursal por importe de 6.716.538 €, en el caso de D. Secundino , y por importe de 3.492.484 €, en el caso de Vanyera, S.A.; y condenó también a las mismas personas a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o contra la masa; así como a la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante el plazo de dos años en el caso de Vanyera, S.A., y de tres años en el caso de D. Secundino .

### SEGUNDO.- *Admisibilidad de los recursos*.

1.- La administración concursal recurrida objeta la admisibilidad de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por D. Secundino , y de casación interpuesto por Vanyera, S.A. Como quiera que esta pretensión ya fue planteada en fase de admisión, nos remitimos a lo indicado en el auto de 29 de abril de 2015, que acordó no haber lugar a la solicitud de subsanación y complemento del auto de 7 de octubre de 2014, que acordó la admisión de tales recursos.

2.- En concreto, damos por reproducido lo resuelto respecto de la liquidación de la tasa judicial y de la prestación de garantía, conforme al art. 51.2 LC . Y respecto a la admisibilidad de los recursos de casación -y derivadamente, del recurso extraordinario de infracción procesal-, resulta claro que se cumplen los requisitos exigidos en el art. 477.2.3º LEC , puesto que el interés casacional estriba en que todavía no hay jurisprudencia





de este Tribunal Supremo sobre el ámbito de conocimiento de la sección de calificación concursal que se reabre tras la imposibilidad de cumplimiento de un convenio gravoso, mientras que, por el contrario, existen sentencias contradictorias de diversas Audiencias Provinciales.

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Secundino .

**TERCERO.-** *Motivo primero. Denuncia de mutatio libelli.*

*Planteamiento:*

1.- Se formula al amparo de los números 2º y 4º del art. 469.1 LEC , por infracción de los arts. 399.1 , 400 y 412 LEC , en relación con el art. 218.1 LEC y el art. 24 CE .

2.- En su desarrollo, se argumenta resumidamente que la sentencia recurrida tomó en consideración alegaciones de la parte apelante, referidas a la posibilidad de valorar en la pieza de calificación hechos anteriores a la aprobación del convenio, que no habían sido formuladas en la primera instancia, lo que alteró el debate (*mutatio libelli*) y causó indefensión a las partes contrarias.

*Decisión de la Sala:*

1.- Como recordábamos en la sentencia del Pleno de la Sala núm. 23/2016, de 3 de febrero , conforme al art. 412 LEC , una vez se haya establecido lo que sea objeto del procedimiento en la demanda y la contestación, las partes no podrán alterarlo posteriormente. Prohibición de la mutación de la pretensión (*mutatio libelli*) que tiene como fundamento histórico la proscripción de la indefensión ( sentencias de esta Sala de 26 de diciembre de 1997 y 12 de marzo de 2008 ). El demandado sólo puede defenderse, al contestar a la demanda, de las alegaciones que aquella contiene, que no pueden modificarse a lo largo del proceso, salvo que existan hechos nuevos o de nueva noticia ( art. 286 de la propia LEC ), las precisiones en la audiencia previa del artículo 426 en relación, precisamente, con el artículo 412.2, y la reconvenición (artículo 406). Sólo conociendo los términos de la pretensión, que pueden precisarse en la forma citada, pero no modificarse, podrán ser discutidos por el demandado, articulando medios de prueba dirigidos a tal fin. Esta prohibición de cambio de demanda es uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal; y la apreciación de que se vulnera este principio de la *mutatio libelli* supone que no puede tacharse de incongruente la sentencia que no resuelve sobre los hechos o pretensiones nuevos indebidamente introducidos en el proceso en momento extemporáneo ( sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2002 , 22 de mayo de 2003 , 3 de febrero de 2004 , 21 de octubre de 2005 , 23 de octubre de 2006 , 146/2011, de 9 de marzo , y 44/2014, de 18 de febrero ; y del Tribunal Constitucional 182/2000 y 187/2000 , ambas de 10 de julio; 93/2002, de 23 de abril ; y 126/2011 , de 18 de julio).

2.- A su vez, como venimos afirmando reiteradamente (por todas, sentencia de esta Sala 718/2014, de 18 de diciembre ), la prohibición de introducción de cuestiones nuevas en la segunda instancia es un principio fundamental del recurso de apelación, recogido en el art. 456.1 LEC . Esta exigencia no es un formalismo retórico o injustificado, sino una regla que entronca con la esencia del recurso de apelación: la pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir esencialmente con la planteada en la primera. El apelante no puede modificar el objeto del proceso, introduciendo nuevas pretensiones en el recurso de apelación para que el tribunal que conozca del recurso las adopte, y revoque por tal motivo la sentencia apelada. Y, correlativamente, el tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia de primera instancia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de oportuna invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que el tribunal de apelación entiende que es la solución correcta.

3.- Sobre tales bases, no cabe apreciar la introducción de alegaciones nuevas que supongan cambio de demanda o alteración de la pretensión, puesto que si bien es cierto que la argumentación jurídica del recurso de apelación se amplió, al efecto de justificar la procedencia del examen de motivos de culpabilidad del concurso anteriores a la aprobación del convenio, no se alteró la base fáctica de la pretensión de calificación del concurso como culpable. Tan es así, que basta con examinar la sentencia de primera instancia para comprobar que ya fue objeto de tratamiento en la misma el ámbito de conocimiento en la sección de calificación reabierto tras el incumplimiento del convenio (fundamentos jurídico primero: "delimitación del objeto del juicio", y segundo: "régimen aplicable a la sección de calificación reabierto"). Es decir, la cuestión que se dice que fue introducida en el recurso de apelación ya había sido tratada en la instancia, por lo que ninguna indefensión puede alegarse. Es más, aunque la parte que mantuvo la culpabilidad no hubiera hecho referencia expresa a esta problemática, la misma tendría que haber sido abordada por los tribunales de instancia, a fin de delimitar, como correctamente hicieron, el ámbito de conocimiento de la pretensión. Razones por las cuales este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

**CUARTO.-** *Segundo motivo de infracción procesal. Preclusión de alegaciones.*

*Planteamiento:*

1.- Se enuncia conforme al art. 469.1.2º y 4º LEC, por infracción del art. 400 LEC, en relación con el art. 170.1 LC y 24 CE, al haberse tenido en cuenta el informe de calificación presentado tras la aprobación del convenio (es decir, en la tramitación primitiva de la sección de calificación).

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la Audiencia Provincial tuvo en cuenta unas supuestas irregularidades contables anteriores a la aprobación del convenio y que no se valoraron como motivo de culpabilidad en el primer informe de la administración concursal y del Ministerio Fiscal. Por lo que resulta contradictorio que tras la reapertura de la sección de calificación se considere reprochable una práctica contable -activación de créditos fiscales-, que no era novedosa, sino que ya se había aplicado durante varios ejercicios antes de la declaración del concurso y de la aprobación del convenio, sin que las partes legitimadas para formular la pretensión de culpabilidad considerasen en su primer informe que era constitutiva de motivo de culpabilidad.

*Decisión de la Sala:*

1.- La cuestión que se plantea en este motivo no es propia del recurso extraordinario de infracción procesal, al no referirse a un problema estrictamente procedimental, sino que se refiere a una cuestión jurídica de orden sustantivo, cual es qué elementos de juicio han de tenerse en cuenta para la calificación de un concurso en que hubo una primera tramitación de la sección por aprobación de un convenio *gravoso*, que posteriormente se reabre por imposibilidad de cumplimiento de tal convenio. Y en concreto qué normas sustantivas son aplicables, si los arts. 167.2, 168.2 y 169.3 LC, o bien los arts. 164 y 165 de la misma Ley.

2.- En su virtud, con la formulación que se le ha dado, el motivo debe decaer. Sin perjuicio de que la cuestión jurídica que subyace en su argumentación sea objeto de tratamiento al resolver el recurso de casación.

**QUINTO.-** *Tercer motivo de infracción procesal. Principio de justicia rogada. Ámbito de enjuiciamiento en el recurso de apelación.*

*Planteamiento:*

1.- Se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de los arts. 216 y 456 LEC, en relación con los principios de justicia rogada y *tantum devolutum quantum appellatum*, al tener en cuenta la sentencia recurrida unas supuestas irregularidades contables cuya desestimación en primera instancia no fue objeto de impugnación en el recurso de apelación.

2.- Al desarrollar el motivo, se aduce que la valoración probatoria y el razonamiento jurídico en que se basó la sentencia de primera instancia para rechazar la existencia de sobrevaloración del activo no fueron combatidos en el recurso de apelación, por lo que la Audiencia Provincial no podía examinar tal circunstancia, a efectos de calificar la culpabilidad del concurso, puesto que el pronunciamiento desestimatorio había devenido firme.

*Decisión de la Sala:*

1.- No es correcto afirmar que la administración concursal no impugnó en su recurso de apelación el pronunciamiento relativo a la sobrevaloración del activo, puesto que de la lectura del escrito de interposición del recurso se desprende que la parte, tras copiar literalmente el pronunciamiento al respecto de la sentencia apelada, indicó que había quedado probado que las irregularidades relevantes en la contabilidad de la concursada habían dificultado la comprensión de su verdadera situación patrimonial y financiera; y al enumerar tales irregularidades, se incluía, con remisión al informe de auditoría, la que es objeto de debate.

2.- Además, ha de tenerse en cuenta que el recurso de apelación no solicitaba una estimación parcial y una correlativa confirmación parcial de la sentencia apelada, sino que postulaba una estimación total de sus pretensiones, con la consiguiente revocación íntegra de la sentencia de primera instancia y apreciación de todas las causas de culpabilidad esgrimidas. Por lo que operaba plenamente el principio de nuevo examen total de lo actuado que establece el art. 456.1 LEC. Como resultado de lo cual, este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los precedentes.

**SEXTO.-** *Cuarto motivo de infracción procesal. Exhaustividad de la motivación. Valoración ilógica de la prueba, en especial la contable.*

*Planteamiento:*

1.- Al amparo de los ordinales 2.º y 4.º del art. 469.1 LEC, se denuncia infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, contenidas en los arts. 217, 218, 316.2, 319, 326, 348 y 376 LEC, al no incidir la motivación de la sentencia en todos los elementos fácticos del pleito, ni considerados individualmente, ni



en su conjunto, y no ajustarse a las reglas de la lógica y la razón en la apreciación y valoración de la prueba practicada, en especial, la de naturaleza pericial contable.

2.- El desarrollo del motivo se despliega en tres submotivos, referidos a: (i) operaciones realizadas y saldos mantenidos en el periodo comprendido entre el 26 de octubre de 2007 y el 26 de marzo de 2009, entre Vanyera 3, S.L. y Vangesti; (ii) activación de créditos fiscales en el ejercicio 2007; y (iii) valoración de la tesorería, gastos no registrados y dotación de provisiones (salvedades 13, 14 y 15 del informe de auditoría de 2007).

*Decisión de la Sala:*

1.- El motivo, tal y como ha sido formulado y desarrollado, impugna valoraciones realizadas por el tribunal de instancia, unas relativas a la determinación de los hechos y otras jurídicas, con la pretensión de que se vuelva a revisar el enjuiciamiento de la cuestión litigiosa como si se tratara de un recurso ordinario que permitiera un enjuiciamiento en la instancia. Como hemos recordado en múltiples ocasiones, aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo ; 58/2015, de 23 de febrero ; y 53/2016, de 11 de febrero ), ello se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados.

2.- Además, en el mismo motivo se mezclan alegaciones relativas a diferentes medios probatorios (interrogatorio de parte, prueba documental, pericial y testifical), para pretender una revisión total del resultado probatorio apreciado en la instancia. No es admisible que, bajo la excusa de una supuesta falta de racionalidad, incluso cuando se la califique como arbitrariedad, pueda pretenderse el control del acierto o desacierto de la sentencia recurrida, ni pueda traerse al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo ( sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero ). Lo que pretende la parte, al denunciar "error patente y arbitrariedad" en la valoración de la prueba, con cita de la totalidad de los medios probatorios a que se ha hecho referencia, es lograr una nueva valoración conjunta de los mismos que lleve a unas conclusiones de hecho distintas de las obtenidas por la Audiencia Provincial, lo que resultaría factible en una tercera instancia, pero no en un recurso -como el presente- de carácter extraordinario, que parte del respeto a los hechos probados así declarados en la instancia, salvo que se imponga lo contrario ante la evidencia de que algún hecho, fundamental para la decisión, se ha fijado de modo ilógico y arbitrario por haber sido valorada con tales deficiencias alguna de las pruebas practicadas ( sentencia Tribunal Supremo núm. 215/2013 bis, de 8 de abril ).

3.- Tampoco ha existido una infracción de una norma tasada de valoración de la prueba. La valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba ( sentencia 458/2009, de 30 de junio ). El interrogatorio de las partes, si bien hace prueba contra su autor, no es un medio probatorio superior a los demás, de forma que su eficacia queda condicionada al resultado de las demás pruebas ( sentencias núm. 810/2009, de 23 de diciembre ; y 1279/2006, de 11 de diciembre ). Las pruebas periciales son de estimación discrecional según las reglas de la sana crítica, hasta el punto de que los jueces pueden prescindir de ellas ( sentencias 139/2006, de 9 de febrero ; 124/2006, de 22 de febrero ) y solo es posible su revisión en el recurso extraordinario por infracción procesal cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible o se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia ( sentencia 309/2005, de 29 de abril ). Las normas de valoración de la prueba testifical no son idóneas para sustentar un motivo impugnación por ser de libre valoración, salvo supuestos de arbitrariedad o error patente ( sentencias 746/2009, de 13 de noviembre ; y 215/2013 bis, de 8 de abril ), lo que no sucede en este caso, en que la Audiencia, dentro de sus facultades valorativas, decide conceder mayor credibilidad a unos testigos respecto de otros, y explica motivadamente las razones de su decisión.

4.- En el caso concreto de la prueba pericial, a la que se refiere más específicamente el recurso, nuestro sistema parte de la regla *iudex peritus peritorum*, es decir, el valor probatorio de las respuestas de los peritos se fija libremente por el tribunal. Lo dispone de forma clara el art. 348 LEC, conforme al cual el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. Como precisa la sentencia 532/2009, de 22 de julio, este módulo valorativo implica que el juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial, sin que sus conclusiones sean impugnables en el recurso extraordinario, a menos que sean contrarias a la racionalidad y conculquen las más elementales directrices de la lógica ( sentencias 320/2012, de 18 de mayo y 635/2012, de 2 de noviembre ).

No hay tal irracionalidad en las conclusiones de la Audiencia Provincial. La sentencia analiza y contrasta los dictámenes periciales presentados por los recurrentes en relación con los informes de auditoría aportados por la administración concursal; y llega motivadamente a unas conclusiones que, podrán ser discutibles desde el





punto de vista de la valoración jurídica, pero que no son arbitrarias ni absurdas. Y la valoración jurídica no es combatible mediante el recurso de infracción procesal, sino en, su caso, a través del de casación.

5.- Como también recordábamos en la Sentencia 535/2015, de 15 de octubre , «(l)a selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial». Esto es lo que ocurre en el presente caso: que la sentencia recurrida haya otorgado más valor de convicción a uno de los informes periciales en detrimento de los otros, o a unos testigos frente a otros, no convierte su valoración en arbitraria, ni constituye un error notorio.

6.- En suma, no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo ), con la revisión de la valoración jurídica mediante la cual el tribunal decide otorgar una indemnización por la resolución unilateral de un contrato de distribución en exclusiva. Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con tal valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial ( sentencias 77/2014, de 3 de marzo ; y 533/2014, de 14 de octubre ).

Recurso de casación de D. Secundino .

**SÉPTIMO.-** *Primer motivo de casación. Objeto de la reapertura de la sección de calificación tras el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del convenio.*

*Planteamiento:*

1.- En este primer motivo se denuncia infracción de los arts. 167.2 , 168.2 y 169.3 LC ; con la aclaración de que se refiere a tales preceptos en su redacción originaria, sin considerar las modificaciones llevadas a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, y la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Puesto que la reapertura de la sección de calificación tuvo lugar por auto de 26 de marzo de 2009, es decir, antes de la entrada en vigor de tales normas.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce de manera sintética que, conforme al art. 167.2 LC , el objeto de la reapertura de la sección de calificación tras el incumplimiento del convenio será la determinación de las causas de tal incumplimiento; que el art. 168.2 LC delimita el objeto del debate, al referirse al contenido de los escritos de los interesados que se personen en la sección, a la determinación de si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado; y que el art. 169.3 de la misma Ley dispone que los informes de la administración concursal y el Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.

*Decisión de la Sala:*

1.- La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación, la amplitud de conocimiento en la sección de calificación reabierta tras el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del convenio, ha dado lugar en la doctrina y la práctica concursal a dos tesis. De un lado, se considera que debe limitarse a las causas del incumplimiento, conforme se desprendería de una interpretación literal de los arts. 168.2 y 169.3 LC . De otro lado, quienes entienden que el ámbito de cognición alcanza a todas las conductas de los artículos 164 y 165 LC , cualquiera que fuera el supuesto de apertura de la liquidación y con independencia de que las conductas contempladas en esos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio, salvo que se trate de hechos examinados en la calificación anterior. Esta última interpretación parte del deber legal de solicitar la liquidación que el artículo 142.3º LC impone al concursado cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.

2.- Esta controversia no ha sido resuelta todavía de manera expresa por ninguna sentencia de esta Sala. Pero sí se anticipó implícitamente la solución en la sentencia 29/2013, de 12 de febrero , en la que dijimos:



«La Ley regulaba, en el apartado 2 del art. 167, las consecuencias del incumplimiento del convenio, en los casos en que previamente se había abierto la sección de calificación por tratarse de un convenio gravoso para los acreedores. El convenio con un contenido gravoso habría dado lugar ya a la apertura de la sección de calificación ( art. 167.1 LC ), cuyo objeto de enjuiciamiento habría permitido enjuiciar cualquiera de las conductas tipificadas en el art. 164.1 LC , integrado, en su caso, con el art. 165 LC , respecto de la presunción de dolo o culpa grave, o bien en el art. 164.2 LC , salvo la 3ª, que presupone el incumplimiento del convenio aprobado. De ahí que, cuando más tarde se produce el incumplimiento del convenio y, por ello, se abre la liquidación, es necesario volver abrir la sección de calificación, si ya estaba terminada, o, en otro caso, una pieza separada dentro de ella, para juzgar únicamente sobre las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar ( art. 167.2 LC ).

»Pero la Ley no regulaba expresamente el alcance de la apertura de la sección de calificación en caso de incumplimiento de un convenio "no gravoso" para los acreedores y que, por tanto, no había dado lugar a la apertura previa de la sección de calificación, al tiempo de su aprobación.

»Está claro que en estos casos es posible abrir la sección de calificación, pues el incumplimiento del convenio determina la apertura de la fase de liquidación y el art. 163.1.2º prescribía "la formación de la sección de calificación del concurso (...) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación".

»Su alcance es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC , pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un convenio "poco gravoso" pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC , y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3º LC (" incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado ").

»Bajo la lógica de la argumentación del segundo motivo de casación, conviene aclarar que la resolución del convenio no sólo determinará la desaparición de los efectos que el convenio había producido sobre los créditos, sino también la desaparición de la circunstancia legal que impedía la calificación del concurso, que en cualquier caso requería, para que fuera definitiva, la aprobación del convenio. La apreciación de las consecuencias legales previstas para el caso de incumplimiento del convenio no afecta a su carácter contractual, que, además, en modo alguno agota su naturaleza. Por mucho que se pudiera llegar a concebir un convenio concursal como una transacción, sus efectos cesarían con la resolución por incumplimiento, razón por la cual no cabe apreciar infracción alguna de la jurisprudencia citada».

**3.-** En esa línea argumentativa ya apuntada, afirmamos ahora que la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.

De la literalidad del art. 167.2 LC pudiera parecer que la meritada limitación de enjuiciamiento únicamente se refiere a los casos de reapertura de la sección por incumplimiento del convenio, ya que no menciona la reapertura por imposibilidad de cumplimiento. Sin embargo, la identidad de razón entre ambos supuestos es manifiesta, puesto que los dos -incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento- tienen un sustrato común, que es la frustración del cumplimiento del convenio, que conlleva el comienzo de la fase de liquidación y, con ella, la reapertura de la sección de calificación, y la necesidad de coordinar dicha reapertura con lo actuado en la tramitación inicial de la calificación.

En ambos casos está justificado que con la reapertura de la sección de calificación se enjuicien las causas que hubieran motivado que el convenio no se cumpliera, sin que tenga sentido ampliar las causas o motivos de enjuiciamiento en el supuesto en que el deudor, al apercibirse de la imposibilidad de cumplimiento, inste la apertura de la fase de liquidación, en vez de esperar al incumplimiento y suscitar un incidente concursal para la rescisión del convenio.

De no ser así, se haría de peor condición al deudor que se adelanta a abrir la liquidación cuando advierte que no puede cumplir el convenio, que al deudor que espera a que el incumplimiento sea una realidad y a que se ejercite por los legitimados para ello la consiguiente acción de declaración de incumplimiento y de resolución del convenio.

Interpretación que consideramos más acorde con la *ratio* de los arts. 167.2 y 164.2.3º LC , que es permitir que con la reapertura de la sección de calificación pueda enjuiciarse lo que no pudo serlo antes con la apertura ordinaria. Y que en ambos casos, incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento, se circunscribe, respecto



de las causas de calificación, a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.

**4.-** Por las razones expuestas, este motivo de casación debe ser estimado, con las consecuencias que se dirán al resolver el resto de motivos y el recurso de la otra parte recurrente.

**OCTAVO.-** Segundo motivo de casación. Infracción arts. 164.2.3º LC y 4.2 CC .

*Planteamiento:*

Se plantea por infracción de los arts. 164.2.3º LC y 4.2 CC . Se arguye que el tribunal de apelación ha aplicado las normas de la sección de calificación con olvido de que se trata de normas sancionadoras y restrictivas de derechos, con sanciones, en algunos casos, similares a las del Código Penal (inhabilitación, pérdida de derechos, etc.).

*Decisión de la Sala :*

El motivo debe ser estimado por las razones ya expuestas al resolver el motivo precedente. La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3 º, 167.2 , 168.2 y 169.3 LC .

**NOVENO.-** Tercer motivo de casación. Inaplicación analógica del art. 165.1 LC al retraso en la solicitud de liquidación.

*Planteamiento:*

**1.-** Aduce infracción de lo dispuesto en los arts. 164 y 165.1 LC , en relación con los arts. 142.3 LC y 4.1 y 2 CC .

**2.-** En el desarrollo del motivo se argumenta que no cabe hacer una interpretación analógica del deber de solicitar la declaración de concurso, previsto en el art. 5 LC , respecto de un hipotético deber de solicitar la liquidación. El art. 142.3 LC sólo establece la obligación de solicitarla cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación.

*Decisión de la Sala:*

**1.-** El retraso en la solicitud de la liquidación carece de encaje en el artículo 165.1º LC . La solicitud tardía de la liquidación no está prevista específicamente en la Ley como causa de culpabilidad del concurso, sin que quepa una traslación directa al tipo del mencionado art. 165.1º LC , previsto para una situación distinta, el retraso en la solicitud de declaración de concurso, que no puede ser objeto de aplicación extensiva, atendida la naturaleza de la calificación concursal (analogía *in malam partem*); máxime si, como consecuencia necesaria de la calificación de culpabilidad, se deben imponer sanciones de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a terceros ( art. 172.2.2º LC ) y privación de derechos económicos en el concurso ( art. 172.2.3º LC ).

La norma del art. 165.1º LC , que tipifica la falta de solicitud de la declaración de concurso, se aplica en conexión con lo dispuesto en el artículo 5.1 LC , que impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Pero el art. 142.2 LC, a diferencia de dicho art. 5.1, no obliga al deudor a solicitar la liquidación a los dos meses de advertir la insolvencia - o la agravación de la insolvencia- sino "cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél".

**2.-** En todo caso, la apertura de la fase de liquidación debe hacerse de oficio una vez constatada la imposibilidad de cumplimiento del convenio, conforme al art. 143 LC ; mientras que no hay ningún supuesto de declaración de oficio del concurso.

**3.-** Razones por las que este tercer motivo de casación también ha de ser estimado.

**Recurso de casación de Vanyera, S.A.**

**DÉCIMO.-** Infracción del art. 172.2.1º LEC

*Planteamiento:*

Se articula en un único motivo, en el que se alega infracción del art. 172.2.1º LC y de la doctrina jurisprudencial del administrador de hecho.

*Decisión de la Sala:*



Como quiera que los pronunciamientos previstos en el art. 172.2 LC tienen como condicionante una previa declaración de culpabilidad del concurso, este motivo casacional queda subordinado a lo que se resuelva al asumir la instancia, como consecuencia de la estimación del recurso de casación interpuesto por el Sr. Secundino . Y como veremos que la resolución final acuerda la confirmación de la sentencia de primera instancia, sin declaración de culpabilidad, este recurso ha de ser estimado, al no poder haber aplicación de las previsiones del art. 172 LC sin dicha declaración.

**UNDÉCIMO.- Fijación de doctrina jurisprudencial.**

Conforme a todo lo expuesto y de acuerdo con lo previsto en el art. 487.3 LEC , procede la casación de la sentencia recurrida. Fijamos como doctrina jurisprudencial que: «La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3 °, 167.2 , 168.2 y 169.3 LC . Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado».

**DUODÉCIMO.- Asunción de la instancia.**

1.- Casada la sentencia recurrida, debemos asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

2.- Si partimos de lo argumentado al resolver el recurso de casación, la conclusión es que el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal contra la sentencia de primera instancia debe ser desestimado. Y ello porque, circunscrito el ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta al análisis de las causas de imposibilidad de incumplimiento del convenio, las tenidas en cuenta por la Audiencia Provincial quedan fuera de dicho círculo; y el análisis de las actuaciones nos lleva a confirmar las conclusiones de la sentencia del juzgado de lo mercantil.

En concreto, respecto de las conductas consideradas por la administración concursal como constitutivas de responsabilidad por incumplimiento del convenio, del examen de las actuaciones resulta:

a) Transferencias fraudulentas: los informes de auditoría de los ejercicios 2007 y 2008 no sólo no evidencian un trasvase indebido de fondos a favor de la matriz (Vanyera, S.A.), sino que, al contrario, no ponen de manifiesto un perjuicio para la filial (la concursada). A fin de evitar inútiles repeticiones, damos por reproducido lo expresado en el fundamento jurídico IV, A (1) de la sentencia de primera instancia.

b) Confusión de esferas y patrimonios: no consta que los pagos externos e internos realizados por la matriz y la filial hubieran contribuido a la descapitalización de la concursada con posterioridad a la aprobación del convenio. Como concluye la sentencia del juzgado, tras un completo y riguroso análisis de la prueba, la confusión de esferas y patrimonios habría beneficiado a la filial -"injerencia externa positiva"-, por lo que no pudo causar la imposibilidad de cumplimiento del convenio.

c) Pagos discriminatorios: aun siendo cierto que hubo pagos selectivos, está justificado que los mismos fueron de estricta necesidad para la continuación de la actividad empresarial del deudor; requisito necesario para la consecución de fondos y activos con los que dar cumplimiento a lo comprometido en el convenio. No puede haber por ello una imputación objetiva de incumplimiento, porque se trató de decisiones de negocio que, en su conjunto, favorecían más que perjudicaban el cumplimiento del convenio.

d) Incumplimiento inicial de determinados créditos: no se ha probado que hubiera incumplimientos significativos y en muchos casos fueron los propios acreedores quienes no atendieron al cobro.

e) Alzamientos: Ni el pago de créditos extranconcursales debidos constituye alzamiento, ni se ha probado ninguna conducta que tenga encaje en dicho concepto legal.

f) Incumplimiento de la finalidad del aval del Gobierno de Canarias: aunque la garantía no se aplicó en los estrictos términos en que se concedió, porque se financiaron deudas a corto plazo con recursos a largo plazo, ello se hizo con la finalidad de continuar con la actividad y generar liquidez, por lo que pudiera ser un incumplimiento administrativo, pero no contribuyó causalmente a la imposibilidad de cumplimiento del convenio.

g) Incumplimiento del deber de información semestral: aun siendo cierto dicho incumplimiento, no se justifica en qué pudo incidir a efectos de cumplimiento.

h) Limitaciones al alcance de las auditorías: no se justifica la relación de causalidad entre tales limitaciones y la imposibilidad de cumplimiento del convenio.



i) Irregularidades relevantes de la contabilidad: la carencia de determinados documentos mercantiles, como albaranes, o la reclasificación de partidas contables, no son datos suficientes por sí mismos para tener influencia económica en el cumplimiento del convenio, por lo que, a estos efectos, carecen de relevancia.

j) Aportación de nave industrial: es cierto que hubo una sobrevaloración del activo, lo que en la calificación ordinaria podría ser causa de calificación culpable, por simulación de situación patrimonial ficticia ( art. 164.2.6º LC ). Pero desde la perspectiva del cumplimiento del convenio, la operación no supuso un perjuicio patrimonial para la concursada que dificultara el cumplimiento del convenio. En todo caso, la ampliación de capital fue anterior a la aprobación del convenio y no mereció el reproche de la administración concursal en su primer informe de calificación.

k) Activación indebida de créditos fiscales: supone una irregularidad contable, pero sin efecto respecto de la posibilidad o viabilidad del cumplimiento del convenio.

**3.-** En suma, coincidimos con las conclusiones de la sentencia de primera instancia, en cuanto que la causa última por la que el convenio devino de imposible cumplimiento es que era inviable desde su origen. Lo que no puede ser imputado a las personas señaladas como afectadas por la calificación y ahora recurrentes, porque el Sr. Secundino incluso se opuso a su formulación y en la fecha en que se presentó la propuesta Vanyera, S.A. no tenía poder de administración sobre la concursada. Es más, en su condición de acreedores de la concursada, ambos recurrentes se opusieron a la aceptación del convenio. Como bien concluye el juez de lo mercantil:

«[c]onsiderando que en esta sección se trata de determinar las causas del incumplimiento del convenio y a quién sería atribuible el incumplimiento, el ámbito de las *personas afectadas por la calificación* ha quedado reducido indebidamente a quienes tuvieron que hacerse cargo de un convenio elaborado, evaluado y aprobado por terceros, con la oposición de D. Secundino , terceros que no han sido señalados en el informe de la administración concursal ni en el dictamen-párrafo del Ministerio Fiscal. No obstante, el juez del concurso no puede ampliar el ámbito de las personas afectadas por la calificación si ninguna de las partes intervinientes ( art. 168 LC ), ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal ( art. 169 LC ) instan su llamada forzosa, ni resultaba de lo actuado hasta los propios informes de calificación ( art. 170.2 LC )».

**4.-** No obstante, sí debe estimarse el recurso de apelación de la administración concursal en cuanto a la imposición de costas de la primera instancia. La propia sentencia del juzgado de lo mercantil se hace eco de la complejidad del tema y de la existencia de posturas discrepantes en la doctrina y en las Audiencias Provinciales, sin que en la fecha de su dictado hubiera jurisprudencia aplicable. Por lo que debió hacer uso de la facultad prevista en el art. 394.1 LEC , al existir serias dudas de derecho que aconsejaban la no imposición de costas.

#### **DECIMOTERCERO.- Costas y depósitos .**

**1.-** La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina la imposición al recurrente de las costas causadas por el mismo, conforme al art. 398.1 LEC .

**2.-** Al haberse estimado los recursos de casación, y parcialmente el de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas por ellos causadas, según determina el art. 398.2 LEC .

**3.-** Tampoco procede hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia, al existir dudas de derecho, conforme permite el art. 394.1 LEC .

**4.-** Ha de ordenarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de infracción procesal y la devolución de los depósitos prestados para los recursos de casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

#### **FALLAMOS**

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Secundino , contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 598/12 .

**2.º-** Estimar los recursos de casación interpuestos por D. Secundino y Vanyera, S.A contra dicha sentencia, que casamos y anulamos.

**3.º-** Fijar como doctrina jurisprudencial: «La calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC . Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado».





4.º- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal de Vanyera 3, S.L. (con adhesión del Ministerio Fiscal), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 18 de julio de 2011, en la sección sexta del concurso nº 21/2006, que se confirma, salvo en el pronunciamiento relativo a costas, que se deja sin efecto.

5.º- Imponer a D. Secundino las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- No hacer imposición de las costas de primera instancia, ni de las causadas por los recursos de apelación y casación.

7.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de casación y la pérdida del prestado para el recurso extraordinario de infracción procesal.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ