



Roj: **STS 1388/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1388**

Id Cendoj: **28079110012022100292**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2022**

Nº de Recurso: **1476/2019**

Nº de Resolución: **296/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Alicante/Alacant, núm. 3, 18-04-2017,**  
**SAP A 196/2019,**  
**STS 1388/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 296/2022**

Fecha de sentencia: 06/04/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1476/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1476/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 296/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 6 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, sede en Elche. Es parte recurrente el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), representado por el Abogado de la Generalitat. Es parte recurrida las entidades Construcciones Metálicas San José S.L., Servi-Cesped S.L., Instalaciones Sánchez Mateos S.L., Construcciones Y Movimientos Ovisa S.L., Oricontrol S.L., Orirenting 2008 S.L., Urbamas Arquitectos S.L, Millán , Pinturas y Decoraciones Martínez Girona S.L., Kunta Nucía S.L., Elecdey S.L., Tenama Inversiones S.L., Nuevos Riegos El Progreso S.A., y Ovidio , representados por el procurador Pascual Moxica Pruneda y bajo la dirección letrada de Rafael Ramos Maestre; la entidad Inversiones y Asesorías Lervall Limitada, representada por el procurador Iñigo Muñoz Durán y bajo la dirección letrada de Alfredo Garzón Vicente; y la entidad Elche Club de Futbol S.A.D., representada por la procuradora María Teresa Húngaro Favieri y bajo la dirección letrada de Jesús Morant Vidal. Han sido parte en este procedimiento la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la administración concursal, que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El Abogado del Estado, en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, interpuso demanda de incidente concursal (núm. 170/2017) en oposición a la aprobación judicial de la propuesta de convenio aceptada en la Junta de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, sede en Elche, frente a la entidad concursada Elche C.F. S.A.D. y la administración concursal, para que se dictase sentencia por la que:

"No se apruebe dicha propuesta de convenio y proceda a la apertura de la fase de liquidación, ex artículo 143.3º LC, de acuerdo con lo expuesto en los términos de este escrito".

2. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso demanda de incidente concursal (núm. 171/2017) en oposición a la aprobación judicial de la propuesta de convenio aceptada en la Junta de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, sede en Elche, frente a la entidad concursada Elche C.F. S.A.D. y la administración concursal, para que se dictase sentencia por la que:

"se acuerde rechazar el convenio con apertura de la fase de liquidación".

3. El Abogado de la Generalitat, en representación del Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), interpuso demanda de incidente concursal (núm. 172/2017) en oposición a la aprobación judicial de la propuesta de convenio aceptada en la Junta de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, sede en Elche, frente a la entidad concursada Elche C.F. S.A.D. y la administración concursal, para que se dictase sentencia por la que:

"- Con arreglo al motivo primero del presente escrito se rechace el convenio por concurrir infracción legal con arreglo al artículo 90, 100.1 y 100.5 no recogiendo el importe derivado de la decisión europea.

"- Con arreglo al motivo segundo del presente escrito se rechace el convenio por infracción legal con arreglo al artículo 100.2 apartado primero, 101.1 y 100.2 apartado segundo, siendo una propuesta con ampliación de capital condicionada, con pretensiones alternativas en favor de acreedores públicos.

"- Con arreglo al motivo tercero del presente escrito se rechace el convenio presentado por manifiesta inviabilidad objetiva e imposibilidad en su cumplimiento".

4. Por providencia de 14 de marzo de 2017 se acordó la acumulación de oficio de los incidentes planteados al núm. 170/2017.

5. Severiano , administrador concursal de la entidad Elche Club de Futbol S.A.D., contestó a las demandas incidentales y pidió al Juzgado:

"tenga a esta administración concursal por adherida a la oposición al convenio por infracción legal del artículo 100.2 apartado primero, 101.1 y 100.2 apartado segundo, referido a la ampliación de capital condicionada (expuesta en el primer motivo del presente escrito), procediendo a su estimación mediante sentencia que



acuerde rechazar el mismo en este punto, y teniéndome por opuesto al resto de los motivos esgrimidos por las administraciones públicas demandantes, manteniendo el convenio en el resto de sus propuestas".

6. La procuradora María Teresa Húngaro Favieri, en representación de la entidad Elche C.F. S.A.D., contestó a las demandas incidentales y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que se desestimen las demandas interpuestas contra la aprobación del convenio, con expresa imposición de las costas causadas a los demandantes.

"Y, en consecuencia, aprueba en su integridad el convenio presentado por el Elche C.F. S.A.D., con el resultado de adhesiones que consten en el acta de fecha 27 de enero de 2017 y/o sus modificaciones o correcciones; adquiriendo eficacia el mismo, cesando en su cargo la administración concursal sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 133.2 LC, estando obligado dicho órgano a rendir cuentas de su actuación con la fecha máxima que el Juez determine, así como con el resto de pronunciamientos inherentes a dicha resolución judicial".

7. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante (sede en Elche) dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Primero.- Que debo desestimar y desestimo las demandas incidentales de oposición a la aprobación judicial del convenio formuladas por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) y el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), así como la adhesión parcial de la Administración concursal. Sin costas.

"Segundo.- Que, consecuentemente, debo aprobar y aprueba la propuesta de convenio presentada en su día en el presente expediente de concurso voluntario por la Procuradora D.<sup>a</sup> María Teresa Húngaro Favieri, en la representación antedicha de la concursada Elche C.F. S.A.D. y sometida a junta de acreedores, produciendo efectos desde la fecha de la presente sentencia. Los efectos recogidos en el auto de declaración de concurso se verán sustituidos por los del convenio.

"Tercero.- La Administración Concursal cesa en su cargo, sin perjuicio de lo establecido para la sección de calificación, tras la cual, deberán rendir cuentas ante este mismo Juzgado en el plazo de quince días.

"Cuarto.- El convenio vinculará al deudor y los acreedores concursales en los términos del art. 134 LC.

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

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

"Sexto.- Procédase a dar a la presente sentencia por la que se apruebe el convenio la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC, librándose los oportunos edictos que, en su caso serán remitidos por medios telemáticos. Insértese en el Registro Público Concursal.

"Séptimo.- Fórmese a la Sección Sexta de calificación del concurso, que se encabezará con testimonio de esta resolución y del auto de declaración del concurso ( art. 167 LC)".

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

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el Instituto Valenciano de Finanzas y la Tesorería General de la Seguridad Social, e impugnada por la administración concursal de la entidad Elche C.F. S.A.D.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante mediante sentencia de 14 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación entablado por las partes demandantes-oponentes a la aprobación del convenio, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria -AEAT- representada y dirigida por el Abogado del Estado, el Instituto Valenciano de Finanzas -IVF-, representado y dirigido por el Abogado de la Generalitat Valenciana y la Tesorería General de la Seguridad Social -TGSS- representada y dirigida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y la administración concursal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número tres de los de Alicante en fecha 18 de abril de 2017, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas de esta alzada a los apelantes y al impugnante.

"Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir hecho por los apelantes".

**TERCERO. Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación**

1. El Abogado de la Generalitat, en representación del Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Vulneración de lo establecido en el art. 469.1.4º de la LEC en relación con los arts. 24 CE y 217 LEC".

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción el art. 101.1 LC por existir doctrina jurisprudencial contradictoria de las Audiencias Provinciales".

2. Por diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2019, la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y 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 el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), representado por el Abogado de la Generalitat; y como parte recurrida las entidades Construcciones Metálicas San José S.L., Servi-Césped S.L., Instalaciones Sánchez Mateos S.L., Construcciones Y Movimientos Ovisa S.L., Oricontrol S.L., Orirenting 2008 S.L., Urbamas Arquitectos S.L, Millán , Pinturas y Decoraciones Martínez Girona S.L., Kunta Nucía S.L., Elecdey S.L., Tenama Inversiones S.L., Nuevos Riegos El Progreso S.A., y Ovidio , representados por el procurador Pascual Moxica Pruneda; la entidad Inversiones y Asesorías Lervall Limitada, representada por el procurador Iñigo Muñoz Durán y la entidad Elche Club de Fútbol S.A.D., representada por la procuradora María Teresa Húngaro Favieri.

4. Esta sala dictó auto de fecha 14 de julio de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Instituto Valenciano de Finanzas contra la Sentencia dictada con fecha 14 de enero de 2019 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª), dimanante de los autos de incidente concursal sobre oposición a la aprobación de convenio n.º 170/2017 del Juzgado mercantil n.º 3 de Alicante".

5. Dado traslado, las respectivas representaciones procesales de las entidades Construcciones Metálicas San José S.L., Servi-Césped S.L., Instalaciones Sánchez Mateos S.L., Construcciones Y Movimientos Ovisa S.L., Oricontrol S.L., Orirenting 2008 S.L., Urbamas Arquitectos S.L, Millán , Pinturas y Decoraciones Martínez Girona S.L., Kunta Nucía S.L., Elecdey S.L., Tenama Inversiones S.L., Nuevos Riegos El Progreso S.A., y Ovidio ; Inversiones y Asesorías Lervall Limitada y Elche Club de Fútbol S.A.D. 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 31 de marzo de 2022, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO. Resumen de antecedentes**

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

Elche CF, S.A.D. (en adelante, "el Elche") fue declarado en concurso voluntario de acreedores el 6 de agosto de 2015. En el curso de este concurso, la junta de acreedores celebrada el día 27 de enero de 2017 aceptó una propuesta de convenio con el siguiente contenido:

"A) El pago de los créditos ordinarios.

"Primera opción. Conversión de créditos en acciones:

"Si se opta por la conversión de su crédito en acciones, se hará de la siguiente forma:

"- Como a priori se desconocen los créditos que se van a acoger a esta opción, y, sin embargo, resulta necesario ajustar el aumento de capital, el número y el valor de las acciones que serán emitidas, de tal forma que coincidan con el importe de los créditos que se va a capitalizar, pero como es posible que no coincidan exactamente, en ese caso se realizará una ampliación de capital ligeramente por debajo del importe de los créditos a convertir, redondeando por defecto el número de acciones a emitir y manteniéndose como crédito a satisfacer con las quitas y esperas establecidas en el convenio el importe que de su crédito no se vea convertido en acciones debido a ese redondeo, que en ningún caso alcanzará el valor nominal de las acciones,



el cual es de 3,20€ por acción. Es decir, esa diferencia que no podrán, en su caso, convertir de su crédito será mínima y al solo efecto de cuadrar ambas cantidades.

"- Terminado el plazo para manifestar los acreedores su elección por esta opción (conversión de créditos en acciones), se seguirán los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital para formalizar la ampliación de capital en los términos que resulten en función de los créditos que opten por esta fórmula.

"En caso de no ejercitar la facultad de elección se entenderá que renuncian a la conversión en acciones, optando por la segunda posibilidad ofertada para pago de su crédito.

"Segunda opción. Quita del 65% y Espera de 10 años siendo los 2 primeros de carencia.

"Si no se opta por la conversión del crédito en acciones, estos créditos serán pagados por la concursada con un sesenta y cinco por ciento (65%) de quita, es decir, se abonará el 35% de las cantidades adeudadas, en el plazo de diez con dos de carencia a partir de la fecha de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio.

[...]

"B) Pago de los créditos subordinados.

"El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos, y en los importes que resulten del convenio aprobado judicialmente, los créditos ordinarios; quedando afectados por las mismas quitas y esperas que aquellos, si bien los plazos de espera no se computarán sino a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.

"C) Pago de los créditos contra la masa.

"Los créditos contra la masa quedan fuera del ámbito de aplicación del presente convenio.

"En principio, aquellos que no hayan sido satisfechos durante la tramitación del concurso serán pagados en la forma prevista en el art. 154 LC. Y si tras la aprobación definitiva y firme del convenio, existiesen créditos contra la masa vencidos y no satisfechos, se tratará de alcanzar un acuerdo por la concursada con dichos acreedores para el pago de tales créditos en condiciones que permitan dar continuidad a la actividad y cumplir el presente convenio.

"D) Pago de los créditos privilegiados.

"En el caso de los créditos con privilegio conservarán las ventajas propias de su privilegio, si bien quedarán sujetos a las mismas opciones de conversión de créditos en acciones o pago en las mismas condiciones de quita, espera y periodo de carencia que se proponen para el resto de acreedores ordinarios. Todo ello sin perjuicio de los acuerdos a que se ha hecho referencia anteriormente con esta clase de acreedores".

El Instituto Valenciano de Finanzas (IVF) había avalado el préstamo que la Fundación Elche Club de Fútbol había recibido para la suscripción de acciones del Elche CF, S.A.D. Como contragarantía, la Fundación Elche Club de Fútbol pignoró a favor de IVF sus acciones, mediante un contrato de prenda firmado el 17 de febrero de 2011, cuya cláusula 4.3.2 dispone lo siguiente:

"(la Fundación) no podrá, sin previo consentimiento por escrito del acreedor pignoraticio, ejercitar los derechos de voto inherentes a las acciones a favor de los acuerdos que resulten en una variación de las características de los activos pignorados, en detrimento de la presente prenda, en una disminución del valor de las acciones o en una disminución del porcentaje actual de participación del pignorante en el capital social de la Sociedad".

La Comisión Europea, en una decisión de 4 de julio de 2016, calificó los avales prestado por IVF de "ayudas de Estado", que cuantificaba en 3.888.000 euros. Si bien la administración concursal había clasificado este crédito como concursal, el juzgado estimó la impugnación del IVF y lo consideró crédito contra la masa mediante sentencia de 6 de marzo de 2017, que fue ratificada por la Audiencia. Este pronunciamiento pasó a ser firme.

**2. Oposición a la aprobación del convenio.** Formularon demanda de oposición a la aprobación del convenio la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF). Y la administración concursal se adhirió parcialmente a las demandas de oposición.

La AEAT se opuso a la aprobación del convenio al amparo del art. 128.1 LC, porque no contiene ninguna mención ni previsión relacionada con la Decisión de la Comisión Europea de recuperación de ayudas de Estado de 4 de julio de 2016, que apreciaba la infracción del art. 16.3 del Reglamento UE 2015/1589, de 13 de julio.

La TGSS también se opuso a la aprobación del convenio, sobre la base de tres motivos:



i) Al amparo del art. 128.2 LC, por inviabilidad objetiva del convenio, a la vista de los informes desfavorables de la administración concursal respecto de la alternativa consistente en la conversión de créditos en acciones que, al carecer de la autorización del IVF como acreedor pignoraticio, implica la sujeción a condición del convenio, con contravención del art. 101.1 LC; además de calificar de inviable el plan de pagos.

ii) Al amparo del art. 128.2 LC, por concurrir en la formación de mayorías para la aceptación de la propuesta de convenio una infracción de la paridad de trato de los acreedores ordinarios ( art. 100.2 LC), al no poder optar el acreedor público ordinario más que por una de las proposiciones alternativas (la B, de quita del 65% y espera de 10 años, con 2 años de carencia), al ser la otra posibilidad (conversión de créditos en acciones) inaceptable para la TGSS, por ser un acreedor público.

iii) Al amparo del art. 128.1 LC, por infracción del art. 134.1 LC, relativo al pago de los acreedores subordinados, en cuanto que no se permite un trato desigual entre los créditos ordinarios y los subordinados, en lo que se refiere a quitas y esperas.

El IVF también se opuso a la aprobación del convenio por tres motivos:

i) Incumplimiento de las exigencias legales de forma y contenido de la propuesta de convenio, en concreto, el incumplimiento de los arts. 99.1, 100.1 y 100.5 LC, y la falta de inclusión del crédito derivado de la Decisión de la Comisión Europea sobre ayudas de Estado.

ii) Infracción de los art. 100.2 y 101.1 LC, por incluir una inviable propuesta de conversión de créditos en acciones, en relación con los acreedores públicos.

iii) Infracción del art. 100.5 LC, por tratarse de una propuesta de convenio inviable objetivamente y de imposible cumplimiento.

Y la administración concursal formuló una oposición parcial, por infracción de los arts. 100.2 y 101.2 LC, en lo que respecta a la ampliación de capital condicionada, y solicitó que se aprobara el resto del convenio.

**3.** La sentencia de primera instancia desestimó todas las demandas de oposición formuladas por la AEAT, la TGSS y el IVF, así como la oposición parcial de la administración concursal, y aprobó el convenio.

El juzgado, tras desestimar la excepción de falta de legitimación activa del IVF, rechazó el motivo formulado por la AEAT y el IVF sobre que la falta de mención y previsión en el convenio de la Decisión de la Comisión Europea de recuperación de la Ayuda estatal, por ilegal, de 4 de julio de 2016, porque el crédito estaba ya reconocido como crédito contra la masa.

Desestimó el motivo alegado por la TGSS y el IVF sobre la vulneración del art. 100.2 LC por infracción de paridad de trato de los acreedores ordinarios planteado por la inexistencia de propuesta alternativa viable a los acreedores públicos distinta a la propuesta de quita del 65% y la espera de 10 años - con dos años de carencia-, porque se trata de una opción legal que no implica alteración del trato entre acreedores.

Desestimó el motivo planteado por la TGSS y el IVF sobre infracción del art. 101.1 LC por sometimiento de la propuesta de convenio a condición en lo que hace a la propuesta de conversión crediticia en acciones en cuanto que la propuesta al acuerdo de ampliación de capital dependería de la decisión del IVF, porque no se trata de una condición sino de un modo de ejecución previsto en el art. 100.2 LC en relación a los art. 198 y 201 LSC, de forma que solo cuando tenga lugar la decisión societaria podrá enjuiciarse esta cuestión, no en sede concursal sino societaria.

Y también rechazó el motivo de oposición formulado por la TGSS y el IVF, de inviabilidad objetiva del convenio, al considerar que no se prueba dicha inviabilidad.

**4.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la AEAT, la TGSS, el IVF y también fue impugnada por la administración concursal. La Audiencia desestima los recursos y la impugnación, y confirma la sentencia de primera instancia.

La sentencia de apelación desestima los motivos de apelación relacionados con la falta de mención en el convenio de la Decisión de la Comisión Europea de recuperación de la Ayuda estatal de 4 de julio de 2016, con la siguiente argumentación:

"(...) el motivo debe desestimarse pues (...) en absoluto hay obligación legal de mención del crédito de que se trata en el convenio cuando el mismo está al margen del concurso lo que se afirmó, precisamente, y tomando en consideración toda la doctrina del TJUE que se cita en aquella Sentencia, para hacerlo eficaz e independiente de otros aspectos y circunstancias -pagos, viabilidad- a los que se vincularía de introducirse en el convenio, a salvo que lo que se pretenda sea solo una mención informativa lo que, desde luego, tampoco es aceptable como motivo de oposición desde un punto de vista legal".



También desestima el motivo aducido por la TGSS de infracción del principio de paridad de trato en los acreedores ordinarios por vulneración del art. 128.2 LC, porque a la TGSS se le impone la propuesta alternativa B) del convenio, de quita y espera, sin que pueda optar por la alternativa A), que sin embargo, sí pueden ser elegidas por el resto de acreedores. Al respecto, la sentencia argumenta por qué no existe ninguna infracción del principio de paridad entre acreedores:

"no solo así se desprende de la doctrina contenida en la STS de 16 de marzo de 2016, sino que resulta evidente del hecho de que las limitaciones que el acreedor público tiene respecto de la alternativa de conversión crediticia viene impuesta por la ley a esta categoría de acreedores - art 100.2 LC- y ello en absoluto condiciona la existencia de otros pactos alternativos respecto de acreedores no limitados a salvo, claro está, que se considerara que el principio de igualdad afecta a desiguales lo que, por principio, no es aceptable y de hecho la ley, no contempla".

La Audiencia desestima el motivo fundado en que la propuesta alternativa de conversión de créditos en acciones está condicionada al consentimiento escrito del IVF conforme al contrato de prenda, lo que infringe el art. 101.1 LC. Concluye su argumentación de esta forma:

"En definitiva, estamos hablando de una condición de cumplimiento pero en absoluto de eficacia, que es lo que veda la Ley Concursal pues no pueden calificarse de condiciones de eficacia las incertidumbres y eventuales circunstancias que integran el contenido de la propuesta de convenio consistente en la transformación de créditos en capital social cuando éste depende de un acuerdo futuro del deudor, al igual que no pueden calificarse tampoco como de ese tipo de condiciones aquellas que afectan o recaen sobre un plan de viabilidad, o, en general, sobre cualquier prestación que deba realizarse en el futuro para cuya satisfacción se cuente con previsiones o liquidez de la que todavía no se dispone".

Finalmente, se desestima el último motivo relativo a la inviabilidad objetiva del convenio, con la siguiente argumentación:

"En el caso, la inviabilidad se sustenta esencialmente en la falta de expresión de los medios de pago para enfrentar, no solo el plan de pagos contenidos en la propuesta sino, esencialmente, el crédito al que pueda resultar condenada la entidad por ayudas ilegales a las que ya nos hemos referido con anterioridad. En relación a ello se apunta el incremento que el crédito de recuperación de la ayuda estatal ha supuesto de la deuda para el club y su correlación con la tesorería.

"Ciertamente es un hecho que el crédito, que hoy es contingente hasta su definitiva fijación, pesa sobre la entidad. Y lo que sabemos es que hoy por hoy la concursada, para dar cumplimiento a su propuesta, cuenta exclusivamente con los recursos propios obtenidos con su actividad, siendo relevante, sin duda, que el Elche milita hoy en día en la categoría superior que se encontraba cuando se formuló la propuesta porque afianzan las expectativas comerciales del club y, sin duda, sus fuentes de ingresos, connaturalmente mayores en función de la superior categoría de liga, tanto más cuando estar en la categoría de segunda A) permite tener la expectativa positiva -ciertamente, también la negativa- de subir a la máxima categoría deportiva.

"Fuera de ello, no hay información alguna en los recursos que permita sostener que la entidad esté abocada a la liquidación, ni por resultar totalmente inviable su proyecto empresarial ni por razón de la imposición de un crédito que no pudiera enfrentar. Lo segundo porque todavía está por obtener firmeza y ser real y efectivo. Lo primero porque los proyectos de política comercial, de gestión social y de marca racional y deportiva no son desechables y pueden hacer viable el convenio sin que se aporte información dato alguno por ninguno de los recurrentes por los que las propuestas del plan de viabilidad no son objetivamente factibles, pretendiéndose en realidad atribuir a través de una simple discrepancia al deudor, la carga de probar la viabilidad de un documento que no contiene un proyecto económico sino una hipótesis económica sobre bases que no consta que sean irracionales, absurdas o contrarias a la ley y que sin embargo, están apegadas a lo que constituye el objeto social del deudor. Nada hay en el plan de viabilidad que permita al Tribunal afirmar que no es susceptible de cumplimiento, tanto más cuando, de un lado, la actividad social del deudor continúa ejercitándose con normalidad, lo que implica generación de ingresos sin que, de otro lado, exista una correlación entre activo y pasivo que implique un desequilibrio insalvable en un marco, no se olvide, de acuerdo mayoritario con los acreedores a los que se les ha ofrecido como alternativa integrarse como miembros del club por el precio de sus créditos, aceptando en otro caso una relevante limitación de los créditos a cobrar a largo plazo con un plazo inicial de carencia que garantiza además, un mayor flujo de ingresos.

"En realidad no desvirtúa ninguno de los apelantes la información que aporta el club deudor cuando recuerda que la variable entre la deuda inicial contemplada en el plan de viabilidad -41 millones de euros- y la resultante de los textos definitivos, por la inclusión de la Decisión de la Comisión Europea, que la eleva a 45,4 millones de euros, hace que la diferencia sea de un 13%, lo que siendo relevante, no es determinante a la vista de los saldos medios de tesorería comprendidos entre 2,5 y 3 millones de euros según afirma el deudor.



"Así las cosas resulta complejo afirmar que hoy en día hay datos de los que deducir que el convenio es inviable totalmente, no se puede cumplir por razones objetivas y contrastadas, sin que nos movamos en el ámbito de la especulación que, como hemos dicho, no constituye factor interpretativo favorable para el mantenedor de la oposición por esta causa".

5. Frente a la sentencia de apelación, el IVF ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, cada uno de ellos fundado en un motivo.

#### **SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo.* El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, "en relación con el artículo 24 CE y 217 LEC en materia de la carga de la prueba, por existir un error manifiesto en la valoración de la prueba realizada por la sala en segunda instancia", respecto de la apreciación del motivo de oposición de inviabilidad de la propuesta de convenio.

En el desarrollo del motivo se razona que el error en la valoración de la prueba se aprecia del tenor de la sentencia, "por cuanto, si bien esgrime como falta de estimación del motivo la presunta falta de actividad probatoria, no toma en consideración las argumentaciones que comprendía nuestro escrito de recurso de apelación, en concreto la existencia de prueba suficiente derivada tanto de la propia documentación que comprendía el convenio de acreedores -plan de pagos y viabilidad-, así como el propio informe de la administración concursal, al que hace referencia la sentencia".

Y más adelante añade:

"La omisión en la valoración de la prueba constituye fundamento suficiente (...) para la estimación del presente motivo del recurso, por cuanto quien mejor conoce la situación real de la entidad es la propia administración concursal. De lo que se desprende que su valoración negativa ha de prevalecer necesariamente, siendo el convenio inviable objetivamente y debiendo de haberlo apreciado en este sentido la sala cuya sentencia (...) recurrimos mediante el presente motivo de recurso".

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

2. *Desestimación del motivo.* En primer lugar, conviene advertir que, como hemos declarado en múltiples ocasiones (entre otras en la sentencia 479/2012, de 19 de julio), "no puede alegarse la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba al tiempo que se impugna la valoración de pruebas efectivamente practicadas".

En cuanto a la impugnación de la valoración de la prueba, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, hemos de partir de la jurisprudencia que al respecto se encuentra, entre otras resoluciones en la sentencia 334/2016, de 20 mayo:

"(...) 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; y 58/2015, de 23 de febrero), 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".

En nuestro caso no se dan estos requisitos, pues la valoración de la prueba impugnada no afecta a la encaminada a fijar los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica. La valoración impugnada versa sobre la viabilidad objetiva del cumplimiento del convenio propuesto que, en cuanto causa de oposición al convenio ( art. 128.2 LC), a estos efectos constituye una valoración jurídica, susceptible de impugnación a través del recurso de casación.

#### **TERCERO.** *Recurso de casación*

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la incorrecta interpretación y aplicación del art. 101.1 LC, porque no tiene en cuenta la existencia de una condición a la propuesta alternativa A), de conversión de créditos en acciones. En la medida que el contrato de prenda constituido sobre las acciones de la concursada expresamente prevé que la accionista pignorante, que ostenta el 54,70% del capital social del Elche CF, no podrá ejercitar los derechos de voto inherentes a las acciones sin el consentimiento previo del acreedor pignoraticio, la alternativa A) de conversión de créditos en acciones está sujeta a una condición, y por ello es ineficaz conforme a lo prescrito en el art. 101.1 LC.

Por el contrario, la sentencia recurrida entiende que esta circunstancia se trata de una condición de cumplimiento y no un requisito de su eficacia. Esta interpretación "infringe claramente lo establecido en el art. 101.1 LC, que establece una clara restricción a las propuestas condicionadas. Si bien en el supuesto de una mera ampliación de capital pudiera tener cabida la interpretación sistemática que realizada la sala del art.





101.1 LC en relación con el art. 100.1 LC, la intervención de una limitación en el procedimiento de ampliación de capital opera como un requisito de eficacia -que no del cumplimiento- del propio convenio de acreedores, por cuanto en el supuesto de realizarse la ampliación de capital, mi patrocinado ejercitará las acciones legales oportunas ex artículo 204 TRLSC, y no con arreglo a una mera previsión o expectativa de derecho, sino con arreglo a una previsión estipulada en documento público y plenamente oponible con efectos erga omnes".

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

**2. Desestimación del motivo.** El precepto que se denuncia infringido, el art. 101.1 LC, prescribe que "la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada". Este precepto se encuentra ahora, con la misma redacción, en el art. 319 del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el RDLeg 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC). Con esta norma, la ley quiere evitar propuestas condicionadas, en cuanto que su eficacia esté sujeta al cumplimiento de "cualquier clase de condición": suspensiva o resolutoria; positiva o negativa; potestativa, causal o mixta...

Pero conviene distinguir, como hace la sentencia recurrida, entre hechos futuros e inciertos de los que se haga depender la eficacia de una concreta propuesta de convenio, de los hechos futuros e inciertos que podrían incidir sobre el cumplimiento efectivo del contenido obligacional del convenio aprobado.

En nuestro caso, la propuesta de convenio no introduce ninguna condición para la proposición alternativa de conversión de créditos en acciones. Sin perjuicio de que para que se pueda cumplir con ella, sea necesaria la ampliación de capital social que debe ser acordada por la junta de accionistas.

Aunque la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, preveía entre las proposiciones alternativas, "las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos", omitía una referencia expresa al modo de hacerse efectiva esta propuesta. Obviamente, la efectividad de una propuesta de conversión de créditos en acciones requería de la ampliación de capital social acordada por la junta de accionistas. Pero esta circunstancia no podía caracterizarse como una condición, pues la consecuencia lógica inmediata sería negar en todo caso la validez de esta clase de proposiciones alternativas (conversión de créditos en acciones o participaciones sociales), lo que entraría en contradicción con la propia ley que expresamente las admite.

Al respecto, es muy significativo que la modificación del art. 100.2 LC introducida por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, previera expresamente la forma en que debería darse cumplimiento a esta proposición alternativa, mediante un acuerdo de la junta general, que a su vez depende de la voluntad mayoritaria de los socios:

"En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles".

Esta previsión normativa, que trata de facilitar el cumplimiento de estas proposiciones alternativas de conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, ha pasado al art. 323.2 TRLC con una redacción más depurada:

"2. Para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad concursada no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales".

Partiendo, pues, de que la aprobación de la ampliación de capital social afecta al cumplimiento de la conversión de créditos en acciones o participaciones, sin que pueda caracterizarse como una condición a los efectos de la prohibición prevista en el art. 101.1 LC, las circunstancias que puedan incidir en ese cumplimiento efectivo tampoco pueden merecer esta caracterización de condición.

De este modo, el hecho de que un número relevante de acciones estén pignoradas y de acuerdo con el pacto de pignoración sea necesaria la autorización del acreedor pignoraticio para un ejercicio de los derechos políticos como este, es una circunstancia que puede llegar a afectar al cumplimiento, pero no convierte la propuesta de convenio en condicionada, como pretende el recurrente.

#### **CUARTO. Costas**

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por IVF, procede su condena en costas de conformidad con lo prescrito en el art. 398.1 LEC.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el Instituto Valenciano de Finanzas contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª) de 14 de enero de 2019 (rollo 344/2017), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante (con sede en Elche) de 18 de abril de 2017 (incidentes concursales acumulados 170/2017, 171/2017 y 172/2017).

**2.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Instituto Valenciano de Finanzas contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª) de 14 de enero de 2019 (rollo 344/2017).

**3.º** Imponer a la recurrente las costas generadas por ambos recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ