

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 63

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA [Asunto C-421/14] DE 26 DE ENERO DE 2017

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente. Ahora bien, cuando el examen no sea del conjunto de las cláusulas contractuales, sino que el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato.- El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.- Se opone a la Directiva 93/13 la interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

«El 12 de junio de 2008, el Banco Primus concedió, al Sr. Gutiérrez García un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la vivienda de éste. Dicho préstamo se acordó por un plazo de 47 años y debía devolverse en 564 cuotas mensuales. Como consecuencia del impago de siete mensualidades consecutivas, se declaró el vencimiento anticipado del préstamo en aplicación de la cláusula 6 bis del contrato de préstamo y, el 23 de marzo de 2010, el Banco Primus reclamó el pago de la totalidad del capital pendiente

de devolución, más los intereses ordinarios y moratorios, más costas y gastos. Dando curso a esta reclamación, se procedió asimismo a la venta en pública subasta del bien hipotecado. El 11 de enero de 2011 tuvo lugar dicha subasta, pero no compareció ningún postor. En consecuencia, mediante decreto de adjudicación de 21 de marzo de 2011, el órgano jurisdiccional remitente adjudicó el bien al Banco Primus por un importe que representaba el 50 % del valor de tasación del mismo. El 6 de abril de 2011, Banco Primus solicitó la entrada en posesión del bien, que fue diferida por tres incidentes sucesivos, entre los cuales figura el que concluyó con el pronunciamiento del auto de 12 de junio de 2013 por el que se consideró abusiva la cláusula 6 del contrato de préstamo, relativa a los intereses de demora. La adopción del auto de 8 de abril de 2014, a raíz del tercer incidente, puso fin a la suspensión del procedimiento de lanzamiento.

El 11 de junio de 2014, el Sr. Gutiérrez García formuló ante el órgano jurisdiccional remitente un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución del bien hipotecado, invocando el carácter abusivo de la cláusula 6 del contrato de préstamo. A raíz de esta oposición, el órgano jurisdiccional remitente, tras suspender el procedimiento de lanzamiento mediante resolución de 16 de junio de 2014, puso de manifiesto que subsistían dudas en cuanto al carácter abusivo, en el sentido de la Directiva 93/13, de determinadas cláusulas del contrato de préstamo diferentes de la relativa a los intereses de demora, a saber:

– la cláusula 3 relativa a los intereses ordinarios, en la que se estipula el cálculo de los mismos con arreglo a una fórmula que divide el capital pendiente de devolución y los intereses devengados por el número de días que conforman un año comercial, esto es, por 360 días, y

– la cláusula 6 bis relativa al vencimiento anticipado, en virtud de la cual el Banco Primus podrá exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos, entre otras razones, cuando se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco.

No obstante, por una parte, el órgano jurisdiccional remitente constató que el Sr. Gutiérrez García había formulado la oposición fuera de plazo, ya que había expirado el plazo preclusivo fijado por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente señaló que el artículo 207 de la LEC, que regula el principio de cosa juzgada formal, impediría realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal, dado que la legalidad de dicho contrato, a la luz de la Directiva 93/13, ya había sido objeto de apreciación en el marco del auto de 12 de junio de 2013, el cual había adquirido firmeza.

Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente indicó que, incluso en el supuesto de que procediera declarar abusiva la cláusula 6 bis del contrato sobre el que trata el litigio principal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le impediría declarar esa cláusula nula y dejarla sin aplicar, dado que el Banco Primus no la había aplicado en la práctica, sino que había actuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC al esperar a que se produjera el impago de siete mensualidades para declarar el vencimiento anticipado.

De este modo, para delimitar el alcance de sus facultades a la luz de la Directiva 93/13, el órgano jurisdiccional remitente, en primer lugar, plantea la cuestión de la compatibilidad de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 con esta Directiva, y, en segundo lugar, se pregunta si, en un procedimiento de ejecución hipotecaria compleja, como el que constituye el objeto del litigio principal, esa Directiva le obliga, a pesar de lo dispuesto en el artículo 207 de la LEC, a examinar de oficio las cláusulas de un contrato que ya ha sido sometido a tal examen a la luz de la Directiva 93/13 en el marco de una resolución con fuerza de cosa juzgada. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente solicita orientación acerca de los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas 3 y 6 bis del contrato sobre el que versa el litigio principal y acerca de las consecuencias que debe llevar aparejadas ese carácter abusivo.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si la disposición transitoria 4.ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del consumidor.

Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular con sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad [,] al consumidor le está permitido denunciar la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto en la norma nacional para realizar esa denuncia [,] de manera que el juez nacional tenga que enjuiciar dichas cláusulas.

3) Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular con sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad [,] el juez nacional debe apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva, extrayendo

las consecuencias procedentes, aun cuando previamente haya resuelto en sentido contrario o haya declinado esa apreciación en resolución firme conforme a la norma procesal nacional.

4) ¿Conforme a qué criterios puede influir la relación calidad/precio en el control de abusividad de los términos no esenciales del contrato? A la hora de abordar tal control indirecto de este tipo de elementos ¿es pertinente tomar en consideración las limitaciones legales a los precios impuestas en normas nacionales? ¿Puede ocurrir que unos pactos válidos tomados en abstracto pierdan validez tras considerar que [el] precio de la operación [resulta] muy elevado sobre el normal del mercado?

5) ¿A los efectos del artículo 4 de la Directiva [93/13] es posible tomar en cuenta las circunstancias posteriores a la celebración del contrato si a ello conduce la inquisición de la norma nacional?

6) Si el artículo 693.2 de la LEC, reformado por la Ley 1/2013, debe interpretarse en el sentido de que no puede ser obstáculo a la protección del interés del consumidor.

7) Si de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular con sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad [,] cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes [,] incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional».

26 El órgano jurisdiccional remitente solicitó al Tribunal de Justicia que tramitara el asunto mediante un procedimiento acelerado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Dicha solicitud fue denegada mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014, Banco Primus (C-421/14, no publicado, EU:C:2014:2367), debido concretamente a que, tal como el órgano jurisdiccional remitente comunicó al Tribunal de Justicia mediante escrito de 29 de septiembre de 2014, aquél había suspendido el procedimiento de ejecución mediante resolución de 16 de junio de 2014, de modo que el Sr. Gutiérrez García no corre el riesgo inminente de perder su vivienda.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

En sus observaciones escritas, el Gobierno español pone en duda la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por entender que las respuestas del Tribunal de Justicia no serán útiles para el órgano jurisdiccional remitente a efectos de dirimir el litigio de que conoce. Alega, en efecto, que ha concluido definitivamente el

procedimiento de ejecución hipotecaria y que el órgano jurisdiccional remitente no podría adoptar ninguna medida más en relación con ese procedimiento, ya que puso fin al mismo al decretar el lanzamiento del deudor y de los ocupantes mediante el auto de 8 de abril de 2014, el cual ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

Banco Primus no aduce expresamente la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, si bien invoca alegaciones análogas a las que fundamentan esa cláusula de inadmisión.

A este respecto, procede comenzar recordando que, según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, sólo el juez nacional es competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional. Del mismo modo, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la resolución jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 76 y jurisprudencia citada).

Así pues, el Tribunal de Justicia sólo puede negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 77 y jurisprudencia citada).

No sucede así en el presente asunto.

En efecto, tal como señaló el Abogado General en el punto 30 de sus conclusiones, resulta que, a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria de que se trata en el litigio principal no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas. Así, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable «a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente».

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que corresponde al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil que le permita dirimir el litigio que se le ha planteado (véanse las sentencias de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères, C-88/99, EU:C:2000:652, apartado 18, y de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C-384/08, EU:C:2010:133, apartado 19), procede señalar que las alegaciones realizadas por el Gobierno español no ponen de manifiesto de manera evidente que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita carezca de relación con la realidad o el objeto del litigio principal.

En consecuencia, y sin perjuicio de la apreciación que debe hacerse respecto de cada una de las cuestiones prejudiciales, procede considerar admisible la presente petición de decisión prejudicial.

Sobre el fondo

Sobre las cuestiones prejudiciales primera a tercera

Mediante las cuestiones prejudiciales primera a tercera, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la citada Ley, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley. El mencionado órgano jurisdiccional pregunta asimismo si, en su caso, la Directiva 93/13 le obliga a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato que ya ha sido sometido a un examen de tal naturaleza a la luz de la propia Directiva, en el marco de una resolución judicial firme, a pesar de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.

Por lo que respecta a la cuestión de si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 se oponen a una disposición nacional como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, es preciso señalar que este extremo ya fue examinado por el Tribunal de Justicia, quien respondió en sentido afirmativo en la sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731).

En particular, resulta de la citada sentencia que la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, en la medida en que prevé que los consumidores, frente a los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de dicha Ley y que a esa fecha no ha concluido, deben observar un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la

publicación de esa misma Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, no permite garantizar que tales consumidores puedan aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2015, BBVA, C-8/14, EU:C:2015:731, apartado 39).

Por otra parte, en el asunto principal, resulta de la documentación en poder del Tribunal de Justicia que, mediante el auto de 12 de junio de 2013, que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, el órgano jurisdiccional remitente ya examinó el contrato sobre el que versa el litigio principal a la luz de la Directiva 93/13 y declaró que su cláusula 6, relativa a los intereses de demora, era abusiva.

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión de si la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional, como la contenida en el artículo 207 de la LEC, que le impide examinar de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido objeto de un examen judicial que culminó con una resolución que ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 22 y jurisprudencia citada).

Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartados 53 y 55).

Según reiterada jurisprudencia, esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 54).

En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual

incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 58).

No obstante, como se ha expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, en el presente asunto el juez nacional ya ha examinado el contrato sobre el que versa el litigio principal a la luz de la Directiva 93/13 y ya ha declarado, al término de ese examen y mediante una resolución que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, que una de las cláusulas de ese contrato era abusiva.

En este marco, procede dilucidar si, en tales circunstancias, la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones del profesional y del consumidor por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstos impone al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada.

A este respecto, procede recordar en primer lugar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).

Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha admitido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), salvo que el Derecho

nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 53).

El Tribunal de Justicia ha precisado igualmente que, según el Derecho de la Unión, el principio de tutela judicial efectiva de los consumidores no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 36 y jurisprudencia citada).

De lo anteriormente expuesto se deduce que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Hecha esta precisión, resulta de la resolución de remisión que, en este caso, la norma procesal relativa a la fuerza de cosa juzgada contenida en el artículo 207 de la LEC prohíbe al juez nacional no solamente volver a examinar la legalidad, a la luz de la Directiva 93/13, de las cláusulas de un contrato sobre la que ya ha habido un pronunciamiento mediante resolución firme, sino también apreciar el eventual carácter abusivo de otras cláusulas de ese mismo contrato.

Ahora bien, resulta de los principios que se deducen de los apartados 40 a 43 de la presente sentencia que las condiciones establecidas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no pueden menoscabar el contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, que la citada disposición atribuye a los consumidores (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 71).

De este modo, en el supuesto de que, en un anterior examen de un contrato controvertido que haya concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato. En efecto, en ausencia de ese control, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

En el presente asunto, a falta de mayores precisiones en los autos en poder del Tribunal de Justicia, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el auto de 12 de junio de 2013, dotado de fuerza de cosa juzgada, se realizó un control, a la luz de la Directiva 93/13, de la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal o únicamente de la cláusula 6 del mismo.

54 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a tercera que:

Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley.

– La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

Sobre las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta

Mediante las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente solicita, fundamentalmente, orientación acerca de los criterios que deben tomarse en consideración, con arreglo al artículo 3, apartado 1, y al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, para apreciar el eventual carácter abusivo de cláusulas como las controvertidas en el litigio principal, referidas al cálculo de los intereses ordinarios y al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado.

Es necesario comenzar señalando que, a la luz de la jurisprudencia expuesta en el apartado 30 de la presente sentencia, estas cuestiones son inadmisibles en cuanto pretenden que se determine si el juez nacional puede, en el marco del examen que realice acerca del eventual carácter abusivo de una cláusula contractual —y más concretamente de la cláusula 6 bis del contrato sobre el que versa el litigio principal—, tomar en consideración circunstancias posteriores a la celebración del contrato. En efecto, la resolución de remisión no precisa con claridad de qué circunstancias posteriores se trata. En esta situación, el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho necesarios para realizar una apreciación y, en consecuencia, no se encuentra en condiciones de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil a efectos de la resolución del litigio principal.

Por lo que se refiere a los demás aspectos que suscitan las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta, debe precisarse, en primer lugar, que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en esta materia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», a la que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la misma Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual específica en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 66 y jurisprudencia citada).

Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 67 y jurisprudencia citada).

Pues bien, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación

jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 68).

En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 69).

Por otra parte, según el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 39, y de 9 de noviembre de 2010, VB P.nzügyi Lízing, C-137/08, EU:C:2010:659, apartado 42). De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 71 y jurisprudencia citada).

En segundo lugar, debe recordarse que, según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, apartado 50).

El órgano jurisdiccional remitente debe apreciar a la luz de estas consideraciones el carácter abusivo de las cláusulas a las que se refieren las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta.

Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera

clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia.

El órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado. En particular, deberá comprobar si la circunstancia de que los intereses ordinarios se calculen utilizando un año de 360 días, en lugar del año natural de 365 días, puede conferir carácter abusivo a la mencionada cláusula 3.

Por lo que respecta, por otra parte, a la cláusula 6 bis del contrato controvertido, relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 73).

Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta que el artículo 3, apartado 1, y el artículo 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que:

– El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las

partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva. En el marco de este examen, el órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado.

– Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Sobre las cuestiones prejudiciales sexta y séptima

Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

Con carácter preliminar debe recordarse que, si bien, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometid[as] a las disposiciones de la presente Directiva», la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, por la que se fijan las condiciones del vencimiento anticipado, a la que se refieren las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, no refleja las disposiciones del artículo 693, apartado 2, de la LEC. En efecto, dicha cláusula prevé que el prestamista podrá declarar el vencimiento anticipado y exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos en caso de que se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco, y no, como establece el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en caso de incumplimiento de la obligación de pago por un período de tres meses. Asimismo, figuran en dicha cláusula los términos «en los siguientes casos, además de los legales». De esta formulación se deduce que, mediante esa cláusula, las partes manifestaron su voluntad de no limitar las causas de vencimiento anticipado a la causa prevista en el artículo 693, apartado 2, de la LEC.

En consecuencia, la citada cláusula 6 bis está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (véase, a sensu contrario, la sentencia de 30 de abril de 2014, Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014:279, apartado 41) y el juez nacional está obligado a apreciar de oficio su eventual carácter abusivo (véase, en particular, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada).

Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).

Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores —los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales—, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como resulta de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever

medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).

En estas condiciones, tal como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales sexta y séptima que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1441/2014] DE 2

DE FEBRERO DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Sociedades de capital.- Deber de abstención en la votación que afecta al socio administrador cuya dispensa de la obligación de no competencia se debate en la junta general: dado que en la normativa no se contempla el llamado conflicto indirecto de intereses, habrá que entender que este deber no se extiende también a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado posee más de la mitad del capital y el resto su esposa e hijos.

«La sociedad demandada, Universal de Panadería y Bollería S.L. (UPB) tiene la siguiente composición de socios: D. Porfirio, 9,9% del capital; Alouco, S.L., 67,1%; D. Luis Francisco, 11,5%; y D. Silvio, 11,5%.

A su vez, la sociedad Alouco S.L.U. se constituyó inicialmente por D. Porfirio, su esposa e hijos, siendo aquél propietario del 50,68% del capital social. La misma composición social tenía otra sociedad constituida en la misma fecha, denominada Gidatxa S.L., de la que, en la fecha de adopción de los acuerdos sociales impugnados, D. Porfirio tenía el 50,68% y su esposa e hijos el resto, a razón del 12,325% cada uno de los cuatro hijos y 0,03% la esposa.

En el año 2001, Alouco S.L. pasó a ser una sociedad unipersonal, al hacerse Gidatxa con la totalidad del capital social.

Asimismo, UPB es la propietaria del 100% de Nurieta S.L.U., de Malerna S.L.U., y de la filial holandesa Lat 53 B.V. (anteriormente llamada Clian B.V.) y del 74% de UPB Casual Food S.L. Gidatxa S.L., Alouco S.L.U., UPB S.L., UPB Casual Food S.L., Nurieta S.L.U., Malerna S.L.U. y Lat 53, B.V. integran un entramado empresarial, con un sustrato común en el entorno familiar de D. Porfirio, conocido por los litigantes como Family Office, [...]

2.- El 9 de noviembre de 2009 se celebró junta general de socios de UPB, con el siguiente orden del día: 1.- Nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad para los ejercicios 2009, 2010 y 2011. 2.- Modificación del régimen de convocatoria de la junta general de socios a los efectos de que sea convocada mediante comunicación individual y escrita y consiguiente modificación de los estatutos sociales. 3.- Modificación de los estatutos sociales a los efectos de incluir un nuevo artículo estatutario de sumisión al arbitraje de las cuestiones societarias litigiosas. 4.- Información por el administrador del estado de situación de los contratos de prestación de servicios a cargo de la sociedad, así como los contratos de préstamo concedidos por Lat 53 BV. Adopción de los acuerdos que correspondan. 5.- Ruegos y preguntas. 6.- Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la junta.

Todos los puntos del orden del día fueron aprobados con los votos favorables de D. Porfirio y Alouco S.L., pese a que los

socios minoritarios solicitaron su abstención respecto del punto 4º, por conflicto de intereses, ya que incluía una dispensa de la prohibición de competencia a D. Porfirio, un contrato de prestación de servicios en que éste era parte, y unos préstamos a sociedades que controla mayoritariamente.

3.- D. Silvio y D. Luis Francisco, como socios de Universal de Panadería y Bollería S.L. (en adelante, UPB), presentaron una demanda contra esta sociedad, en la que solicitaban:

1) La anulación, y subsidiariamente la nulidad, del Acuerdo adoptado en la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009, en relación con el tercer asunto del orden del día.

2) Modificación de los Estatutos Sociales o los efectos de incluir un nuevo artículo estatutario de sumisión a arbitraje de las cuestiones societarias litigiosas, por el que se incorporó un nuevo artículo (30) de los Estatutos Sociales de Universal de Panadería y Bollería SL y con el siguiente tenor:

Artículo 30 «Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la Sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos o éstos, éstos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, encargándose de la designación de árbitros y administración del arbitraje de acuerdo con su reglamento. Se exceptúan de ésta sumisión aquellas cuestiones que estén fuera del poder de disposición de las partes».

En consecuencia, se decretará la ineficacia de tal disposición estatutaria, disponiendo lo necesario para su cancelación en el Registro Mercantil de Barcelona para el supuesto de que la misma causara inscripción.

3) Declare la validez y eficacia de los acuerdos sociales 1º y 2º adoptados en relación con el asunto cuarto del orden del día.

4) Información por el administrador del estado de situación de los contratos de prestación de servicios a cargo de la sociedad, así como los contratos de préstamo concedidos por Lat 53 BV. Adopción de los acuerdos que correspondan de la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de Universal de Panadería y Bollería SL, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester para su eficacia y exigibilidad, y que rezan como sigue:

1º.- Dejar sin efecto los contratos de préstamos concedidos por la filial LAT 53, BV Alouco, S.L.U. ya Gidatxa, S.L., requiriendo a los prestatarios procedan de inmediato a la devolución del principal dispuesto más los intereses convenidos con dichas entidades y, además, aquella cantidad que se determine en concepto de perjuicio por un experto independiente.

2º.-Dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con Alouco, S.L.U y Gidatxa, S.L, a cargo de la Sociedad, por haberse otorgado sin observancia de los

requisitos legales y, además, ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control, requiriendo al Sr. Administrador y a tales Sociedades para que procedan a la devolución inmediata de las cantidades que hayan percibido aquéllas por dicho contrato, con reserva, además, de las acciones que pudieran corresponder frente al Sr. Administrador por los daños y perjuicios que ese contrato pueda comportar.

3) Declare la nulidad del acuerdo relativo a la dispensa de la prohibición de competencia del administrador, declarándolo ineficaz e inválido, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester, en particular la vigencia respecto de la Sociedad de lo dispuesto en el art. 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

4.- El juzgado de lo mercantil estimó en parte la demanda y declaró la nulidad del acuerdo adoptado en el punto cuarto del orden del día de la junta general de socios de UPB, de 9 de noviembre de 2009, por el que se denegaba la petición de los actores de dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con Alouco SLU y Gidatxa SL a cargo de la sociedad, así como el acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia del art 65 de la LSRL al administrador D. Porfirio.

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambas partes. Los demandantes, para pedir la estimación íntegra de sus pretensiones; y la demandada para que se desestimara totalmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandantes y estimó el de la sociedad demandada, por lo que desestimó íntegramente la demanda. Consideró, resumidamente, que el art. 52 LSRL contiene un *numerus clausus* de supuestos de conflicto de intereses, que no puede ser ampliado interpretativamente, y el supuesto sometido a enjuiciamiento no tiene encaje específico en ninguno de los casos previstos en el citado precepto. Además, la beneficiaria de uno de los préstamos fue Alouco y no el hermano de los demandantes. En cuanto a la dispensa de competencia, si bien la obligación de abstención pesaba sobre el administrador, la misma hubiera sido irrelevante para aprobar el acuerdo, dado que con el voto de Alouco se obtenía la mayoría precisa para ello.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. - Motivos de infracción procesal. Incongruencia interna de la sentencia.

Planteamiento:

1.- Aunque formalmente el recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en dos motivos, realmente es uno solo, el segundo, puesto que el primero se dedica a justificar la procedencia de la interposición de este tipo de recurso. El único motivo realmente formulado, al amparo del art. 469.1. 2º LEC, denuncia la infracción del art. 218.2 LEC,

en relación con los arts. 24 y 120 CE, por incurrir la sentencia en una motivación incongruente, ilógica y arbitraria.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida adolece de incongruencia interna o contradictoria, ya que no es factible que, a efectos de justificar la adopción del acuerdo por el que se declaraba la validez de un contrato se préstamo, se aluda a la existencia de un grupo de empresas constituido alrededor de la persona de D. Porfirio, y posteriormente, a efectos de justificar el mantenimiento del contrato de prestación de servicios suscrito entre empresas del mismo grupo, se aluda a que no se acredita una identificación entre tales empresas y el mismo Sr. Luis Francisco.

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos dicho, entre otras muchas, en las sentencias 169/2016, de 17 de marzo, 490/2016, de 14 de julio, y 690/2016, de 23 de noviembre, la congruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC es la denominada «congruencia externa», es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Mientras que la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero ; 140/2006, de 8 de mayo ; y 127/2008, de 27 de octubre); y por eso, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal se encuentra en el número 4º del artículo 469.1 LEC, y no en el nº 2, como incorrectamente ha efectuado la parte recurrente (sentencias de esta Sala 634/2015, de 10 de noviembre ; 356/2016, de 30 de mayo ; y 543/2016, de 14 de septiembre).

2.- No solo se ha utilizado un cauce procesal incorrecto, sino que, además, no se denuncia realmente la existencia de contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo, puesto que lo resaltado es una contradicción entre argumentos, que en ningún caso puede dar lugar a las pretensiones anulatorias del recurso.

Pero es que, además, la sentencia, rectamente leída, tampoco incurre en las contradicciones que se pretende.

La Audiencia Provincial utiliza los mismos razonamientos y hace mención al sustrato personal del grupo de empresas, tanto para desestimar la nulidad del acuerdo contrario a la ineficacia de los préstamos entre Lat 53, Alouco y Gidatxa, como para desestimar la nulidad del acuerdo contrario a la ineficacia de los contratos de prestación de servicios entre

UPB y Alouco y Gidatxa. Los recurrentes parten del error de considerar que la sentencia aprecia que el grupo de empresas se forma alrededor de la persona del Sr. Luis Francisco, cuando lo que realmente afirma es que se constituye en su entorno familiar, es decir, no solo el mencionado señor, sino también su esposa e hijos.

En la sentencia recurrida siempre se parte de la existencia de un grupo de empresas (en sentido lato, no en el estricto del art. 42 CCom), que no solamente tiene como cabeza rectora al Sr. Luis Francisco, sino que se extiende a su entorno familiar (esposa e hijos).

Como consecuencia de lo cual, al no apreciarse la incongruencia interna denunciada, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

TERCERO. - Admisibilidad del recurso de casación.

1.- Como la parte recurrida ha alegado la inadmisibilidad del recurso de casación, debe ser esta la primera cuestión a resolver.

2.- Para ello, hemos de partir de la base de que el cauce elegido por la parte recurrente es el del interés casacional (art. 477.2. 3º LEC), por lo que habrá de acreditarse la concurrencia de dicho interés. Como recuerda la sentencia de esta Sala 207/2016, de 5 de abril, la opción legislativa de ampliar el acceso a la casación a la generalidad de los asuntos mediante este cauce, tiene como finalidad facilitar que el Tribunal Supremo ejerza su función de unificación de doctrina, siempre que se trate de materias en que efectivamente ello resulte posible y necesario para la mejor administración de justicia, sin que pueda darse cabida a los supuestos en los que el interés casacional sea meramente ficticio y no se pretenda en realidad más que la formulación por esta Sala de un nuevo juicio que integre, a su vez, una tercera instancia; o en su caso, la posibilidad de sostener un recurso por infracción procesal. A tal efecto, el art. 477.3 LEC establece que: «Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

En relación con lo cual, el auto de esta Sala de 6 de marzo de 2012 (Rec. 1178/11), afirma que el interés casacional: «consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo

improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un «interés casacional» que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha. En la misma línea AATS de 29/9/11, Rec. 133/11; 12/4/11, Rec. 764/09; 20/9/11, Rec. 1337/11; 12/4/11, Rec. 764/09; entre otros».

3.- Respecto del primer motivo de casación, no se ha acreditado el interés casacional, puesto que los recurrentes lo identifican con la contradicción de la sentencia recurrida con las sentencias de esta Sala de 21 de noviembre de 1994, 15 de marzo de 1983, 26 de diciembre de 2012, 17 de noviembre de 2011 y 6 de marzo de 1992, en relación con una supuesta aplicación errónea del art. 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), cuando ninguna de las sentencias invocadas trata el mismo supuesto enjuiciado.

En efecto, la sentencia de 21 de noviembre de 1994 ni siquiera cita el art. 52 LSRL (lo que era imposible, puesto que dicha Ley es de 1995), sino que resuelve sobre la base del art. 86 LSA, en relación con la convocatoria de una junta general de una sociedad anónima. La de 15 de marzo de 1983 se refiere a la Ley de Cooperativas, pero incluso en el supuesto de que se estimara que había similitud con el caso, puesto que se refiere a conflicto de intereses y deber de abstención en la votación, propugna la interpretación literal del precepto, por lo que la sentencia recurrida no se habría apartado de dicho criterio. La sentencia de 17 de noviembre de 2011 no se refiere a eventuales prohibiciones de voto por existencia de conflicto de intereses, sino que se dictó en un caso de acción social de responsabilidad contra un administrador. La sentencia de 6 de marzo de 1992 no se dictó en un caso de sociedad limitada, o por lo menos de sociedad mercantil, sino respecto de una asociación. La de 4 de julio de 2007 se refiere al cese de los administradores sociales y aplica el art. 132.2 LSA. Y la de 26 de diciembre de 2012, aunque sí aplica el art. 52 LSRL, se refiere a un supuesto de hecho completamente distinto, puesto que la cuestión litigiosa era si al representante en la junta de socios le eran aplicables las mismas prohibiciones respecto del derecho de voto que al representado, lo que, en su caso, tiene relación con el segundo motivo de casación, pero no con el primero.

En suma, al no haberse acreditado el interés casacional respecto del primer motivo de casación, el mismo debe ser desestimado, puesto que las causas de inadmisión (art. 483.2. 3º LEC) devienen en causas de desestimación (sentencias de esta Sala 72/2009, de 13 de febrero; 33/2011, de 31 de enero, y 564/2013, de 1 de octubre). A lo que no obsta que en su día este motivo del recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero; 548/2012, de 20 de septiembre; y 546/2016, de 16 de septiembre). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas

resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero; 204/2005, de 18 de julio; 237/2006, de 17 de julio; 7/2007, de 15 de enero; 28/2011, de 14 de marzo; 29/2011 de 14 de marzo; 69/2011, de 16 de mayo; y 200/2012, de 12 de noviembre).

4.- Por el contrario, el segundo motivo de casación sí debe ser admitido, por cuanto se acredita la existencia de interés casacional. Este motivo se basa en la infracción del art. 65 LSRL y se citan como infringidas, a efectos del mencionado interés, las sentencias de 5 de diciembre de 2009, 26 de enero de 2006 y 26 de diciembre de 2012. En las mismas se aplica el mencionado precepto legal, art. 65 LSRL, aunque la 33/2006, de 26 de enero, se refiere fundamentalmente al art. 98 LSRL, también cita el 65 y es clara la conexión funcional y material entre ambos preceptos, puesto que el 98 regulaba la exclusión del socio-administrador que infringiera la prohibición de competencia. Prima facie no cabe la inadmisión del motivo, sino que habrá de ser en su resolución donde se decida si efectivamente ha existido infracción legal y contravención de la jurisprudencia. Por lo demás, la posible contradicción de la base fáctica de la sentencia y la determinación de la ratio decidendi de la misma, habrán de ser tratadas en la fase de resolución del motivo.

CUARTO. - Segundo motivo de casación. Dispensa de la prohibición de competencia al socio administrador de una sociedad de responsabilidad limitada. Deber de abstención en la votación del acuerdo social.

Planteamiento:

1.- En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 65 LSRL (actual art. 230 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital -en adelante TRLSC-) y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2009, 26 de enero de 2006 y 26 de diciembre de 2012.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que en la votación de la junta que autorizó la dispensa de la prohibición de competencia al socio administrador resultó decisivo el voto de la sociedad Alouco, que también estaba afectada por el deber de abstención. En tanto que Alouco pertenece al entramado familiar del administrador afectado, también debería haber sido excluida de la votación, al concernirle también el mismo conflicto de intereses que al Sr. Luis Francisco. Y al no entenderlo así la Audiencia Provincial infringe el citado art. 65 LSRL y su jurisprudencia interpretativa.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 65 LSRL (actual art. 230 TRLSC, aunque éste extiende el régimen a todas las sociedades de capital) imponía a los administradores de una sociedad limitada la prohibición de hacer competencia a la sociedad, pero permitía que la junta general dispensara al administrador de dicha prohibición. Esta dispensa, cuando el administrador era también socio, igualmente era tratada en la Ley como un nuevo conflicto de intereses, dado que prohibía que el administrador afectado pudiera votar sobre este particular (art. 52.1 LSRL), a fin de garantizar que el acuerdo sobre la autorización de la actividad competitiva del socio-administrador no pudiera ser decidido, por lo menos en parte, por el beneficiado directo de dicho acuerdo. Razón por la que la doctrina consideraba que el cese del administrador por oposición de intereses con la sociedad no constituía un derecho de la mayoría, sino un medio de defensa del interés social que la Ley concedía a la propia sociedad, representada por su órgano soberano, la junta general, ante la posibilidad de que alguno de sus administradores tuviera intereses contrapuestos a los de la sociedad. Y ello, porque la Ley parte de una postura negativa respecto a la posibilidad de realización de una actividad concurrencial por parte del administrador social, de manera que únicamente a posteriori permite soslayar la prohibición, cuando la junta general ha podido apreciar el perjuicio, la inanidad o, incluso, la conveniencia que, para los intereses de la sociedad, representa el comportamiento concurrencial discutido.

2.- Lo que se plantea en el motivo que ahora examinamos es si este deber de abstención que afecta al socio administrador cuya dispensa de la obligación de no competencia se debate en la junta general, se extiende también a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado posee el 50,68% de su capital y el resto su esposa e hijos.

Aunque la LSRL no contenía una previsión al efecto, nos puede servir de orientación lo regulado actualmente en el art. 231.1 d) TRLSC, que respecto de lo previsto en los artículos precedentes [en lo que aquí importa, 229.1 f) y 230.3], considera persona vinculada al administrador persona física, a «Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio». De tal manera que habrá que considerar que existe vinculación cuando el administrador se encuentre en alguno de los siguientes casos en relación con una sociedad: a) posea la mayoría de los derechos de voto; b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

En tales casos, la Ley prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del art. 231 como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del art. 229.1 TRLSC.

Ahora bien, el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al igual que hacía el art. 52 LSRL, al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC, pero no por la privación

de voto, que tanto el art. 190 TRLSC como el art. 52 LSRL, circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados.

Ni en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la vigente Ley de Sociedades de Capital se ha regulado el denominado conflicto indirecto de intereses, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que, en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad.

Para que existiera conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 28ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID [Recurso 365/2016] DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2016 [Ponente: Enrique García García]

Concurso de acreedores: concurso de concesionarias de autopista. - Inadmisión a trámite de las propuestas de convenio y apertura de la fase de liquidación: la posibilidad de subsanación de la propuesta de convenio se dirige a completar o solventar problemas formales o de trámite, de modo que si la propuesta de convenio incurre en infracción sustancial de contenido debe ser inadmitida. En este sentido, la realización de los trámites administrativos necesarios para regularizar la extinción de la concesión y el paso al régimen de gestión directa del servicio público por medio de una sociedad estatal no debería interferir en la admisión a trámite de la propuesta, ya que no convierten la propuesta en una propuesta condicionada, pues constituyen solo un requisito de cumplimiento del convenio concursal. No obstante, no puede superarse el límite legal en la quita prevista si no se justifica la especial trascendencia que para la economía tiene el desarrollo de la actividad y, en todo caso, lo que resulta inadmisibles es tratar de imponer a los acreedores subordinados una quita del 100 % cuando lo que se prevé para los ordinarios es el pago del 100%. Por otro

lado, es preciso que los acreedores que contraen compromisos de renuncia a sus derechos los asuman mediante su firma en la propuesta.

«La polémica que accede a esta segunda instancia deriva de la decisión del juez de lo mercantil de inadmitir a trámite (al amparo de lo previsto en el artículo 114 de la Ley Concursal –cuerpo legal al que, en adelante, nos referiremos, en múltiples ocasiones, con las siglas “LC”)– sendas propuestas de convenio presentadas por la SOCIEDAD ESTATAL DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE TERRESTRE SL (SEITTSA) en el seno del proceso de concurso de acreedores de las entidades AUTOPISTA MADRID LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA SAU e INVERSORA DE AUTOPISTAS DE LEVANTE SL, de lo que ha seguido que se abriese la fase de liquidación.

La presentación de tales propuestas responde a una estrategia diseñada por el Estado español para buscar una solución global al concurso de un total de ocho sociedades concesionarias de autopistas, una de las cuales es, precisamente, AUTOPISTA MADRID LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA SAU, que ha venido explotando la AP-36. La idea es conseguir la aprobación de convenios para todas esas concesionarias que estarían condicionados entre sí y que estarían también vinculados con los de las sociedades holding de las mismas, también concursadas, una de las cuales lo es la entidad INVERSORA DE AUTOPISTAS DE LEVANTE SL.

El primer obstáculo para el buen fin de dicha estrategia lo ha supuesto la decisión del juez de lo mercantil que se ocupa de los concursos de AUTOPISTA MADRID LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA SAU e INVERSORA DE AUTOPISTAS DE LEVANTE SL de inadmitir a trámite las propuestas de convenio presentadas por SEITTSA con respecto a esas dos entidades. En otras sedes procesales se siguen trámites con respecto a las propuestas presentadas para las otras empresas concesionarias y matrices de las mismas, que por esa razón no van a ser objeto de análisis ni consideración alguna en esta apelación.

La disconformidad de SEITTSA con la inadmisión de sus propuestas va a obligar a este tribunal a examinar, en esta segunda instancia, si la decisión adoptada por el juez del concurso fue la acertada. La apelante alega en su escrito los siguientes motivos para recurrir: 1º) insuficiente motivación del auto impugnado; 2º) falta de oportunidad de subsanar los posibles defectos de las propuestas de convenio y que con ello se habría además infringido el principio “favor convenii”; 3º) interpretación errónea sobre los requisitos administrativos de las propuestas, que no implicarían condición para la eficacia del convenio; 4º) indebido reproche de un intento de modificar el listado definitivo de acreedores aprobado en el concurso; 5º) inexistencia de vulneración legal en el tratamiento de los acreedores subordinados y necesidad de tener presente las exigencias del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas públicas, lo que justificaría el tenor de sus propuestas de

convenio; 6º) inexistencia de infracción legal en cuanto al trámite de audiencia a los trabajadores; 7º) regularidad de las referencias contenidas en las propuestas al pago de los créditos contra la masa; 8º) no existencia de infracción legal en cuanto al régimen de renunciaciones; y 9) improcedencia de los reparos que el juez de lo mercantil opuso a la posibilidad de cumplimiento del plan de pagos y del plan de viabilidad.

La parte recurrente solicita en su escrito de recurso que, con carácter principal, este tribunal dicte una nueva resolución que admita a trámite las propuestas de convenio presentadas por SEITTSA. En defecto de tal posibilidad interesa que dictemos resolución declarando que los defectos que pudiera presentar su propuesta son subsanables, lo que debería conllevar el que se le ofreciera a la proponente un plazo suficiente para acometer la solución de los mismos. Y, por último, considera que lo procedente, si nada de lo anterior prosperara, debería ser que se ordenase al juzgador que dictase un nuevo auto que cumpliera el requisito de estar debidamente motivado.

Este tribunal considera que, en buena técnica procesal, el alegato relativo a la suficiencia de la motivación del auto apelado constituye, en cualquier caso, el primer problema a analizar. En ningún caso podría ello generar la emisión de una orden dirigida al juez para que dictase nueva resolución, pues una infracción procesal de ese tipo, si es que hubiera sido cometida, no generaría tal consecuencia, sino que este tribunal revocase la resolución apelada y asumiese el dictado, de modo directo, de la resolución que procediese (así lo prevé el artículo 465.3 de la LEC). Es por ello que comenzaremos por el análisis de este aspecto del debate.

SEGUNDO

La parte apelante denuncia lo que considera una deficiencia de falta de motivación de la resolución dictada en la primera instancia, ya que no le señala qué preceptos legales concretos de las leyes que se citan en ella serían los infringidos ni identifica las autorizaciones administrativas concretas que tendría que haber recabado la proponente antes de presentar su[s] propuestas.

No consideramos, sin embargo, que esté justificado censurar a la resolución apelada un déficit de motivación. El auto recurrido no vulneró la exigencia del artículo 218.2 de la LEC, ya que se expresó en su contenido el porqué de la decisión inadmisoria de la propuesta de convenio presentada por SEITTSA.

La exigencia constitucional no impone una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial. Es suficiente que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (sentencias del TC n.º 196/2005,

de 18 de julio (RTC 2005, 196) y n.º 325/2005, de 12 de diciembre (RTC 2005, 325)). Y en la misma línea se manifiesta, en absoluta coincidencia con dicha doctrina constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que viene exigiendo la necesidad de expresar los criterios jurídicos esenciales de la decisión (sentencias del 26 y 30 junio y 29 septiembre 2003, 14 abril y 3 mayo 2004), y considera motivación suficiente, cualquiera que sea su extensión, la que exterioriza las razones de hecho y de derecho que determinaron la adopción por el juzgador de sus pronunciamientos –resultado o solución del litigio– (sentencias del 11 junio 2003 [RJ 2003, 5347], 17 marzo [RJ 2004, 1926] y 16 abril 2004), añadiendo que no es precisa la cita de preceptos legales (sentencias del 7 julio 2002, 30 junio 2003 y 3 octubre 2004) como tampoco es necesario plasmar el desarrollo de la tarea intelectual deductiva. Son reveladoras a este respecto las explicaciones contenidas en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011 (“La motivación de las sentencias no impone rebatir individualizadamente y argumento por argumento las alegaciones de las partes, singularmente cuando resultan incompatibles con los fundamentos exteriorizados del fallo”) y de 20 de diciembre de 2012 (“... la exigencia constitucional de motivación no impone una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino, como se ha dicho, que la decisión judicial esté fundada en Derecho y se anude a los extremos sometidos por las partes a debate”).

No resultaba preciso, por lo tanto, que el juez tuviera que individualizar todos y cada uno de los preceptos concretos de las leyes que cita en el tenor literal del auto para que su resolución cumpliera con las exigencias procesales de la LEC. Bastaba con que refiriese lo que, según su criterio, era los motivos relevantes para poder adoptar su decisión.

Los requisitos que hemos expuesto son suficiente y razonablemente cumplidos por la resolución recurrida. Es más, el tenor del recurso revela que la apelante es perfectamente conocedora de cuáles son los óbices legales a los que se refiere el juzgador y por ello los ataca uno por uno, sin asomo de duda en cuanto a la defensa de sus planteamientos, por lo que en modo alguno se ha visto comprometido ningún derecho fundamental de dicha parte.

En cualquier caso, constituye un problema diferente que la parte apelante discrepe de la corrección y suficiencia de la valoración jurídica contenida en la resolución recurrida, lo que no compromete ni la validez formal de la misma ni puede justificar un alegato de infracción de las garantías procesales del artículo 24 de la Constitución, pues se trata de argumentos de fondo del recurso de apelación y en sede de éste cabe que el tribunal reexamine tanto los hechos oportunamente alegados como la aplicación del derecho realizada en primera instancia. El que la parte apelante entienda defraudadas sus expectativas o considere desacertada tanto la reflexión como la conclusión jurídica explicitadas en el auto dictado en la primera instancia no le autorizan a denunciar falta de motivación de la resolución

judicial (requisito exigido, en efecto, por el artículo 218.2 de la LEC), sin perjuicio de su derecho a someter al análisis del tribunal de apelación lo que a su derecho convenga.

TERCERO

La parte recurrente se queja de que la resolución apelada no le brindó la oportunidad de subsanar los posibles defectos de la propuesta de convenio y que con ello se habría además infringido el principio “favor convenii” con arreglo al cual la solución adecuada del concurso debería ser el convenio y no la liquidación.

Este tribunal ha de señalar que es cierto que el artículo 114.1 de la Ley Concursal no establece distinciones cuando afirma que, presentada la propuesta de convenio, si el juez aprecia algún defecto debe otorgar al proponente la posibilidad de subsanarlo. Ahora bien, es claro que ello debe entenderse referido a elementos meramente accesorios (auto de la sección 28ª de la AP de Madrid de 18 de julio de 2014), sobre todo formales o de trámite, como puede ser la simple omisión de la documentación complementaria (plan de viabilidad, plan de pagos o poderes de los firmantes), la necesidad de la incorporación de determinada firma a los documentos o el suministro de cierta información complementaria (como la relativa a la justificación que permitiera superar los límites de la quita o espera) o incluso la realización de algunas aclaraciones complementarias al texto de la propuesta (concreción de cuál de las propuestas alternativas debería aplicarse en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección o del plazo para ejercitar esa facultad de opción, etc.).

En cambio, hay casos en que tal subsanación no es posible. En concreto, no cabe subsanar la presentación de una propuesta de convenio que incumpliera las condiciones de tiempo por estar presentada fuera de plazo. Como tampoco cabe la subsanación cuando se aprecia la comisión en la propuesta de convenio de infracciones de contenido en sus aspectos esenciales que vulneren de modo frontal los límites o prohibiciones legales. No puede haber lugar a pensar en la posibilidad de subsanación en la medida en que no se trataría de completar o solventar problemas formales o de trámite, sino que en tal caso ello implicaría tener que permitir la ulterior presentación de una nueva propuesta de convenio, no siendo éste el propósito de la anteriormente mencionada previsión legal.

La incursión en tales defectos de contenido del convenio determina que los tribunales deban vetar de oficio la iniciativa (así se desprende de la previsión del artículo 114.1 de la LC, que se refuerza por la contenida en el artículo 130 de la LC, que no prevé la posibilidad de trámites subsanatorios cuando el problema afecta a la legalidad del contenido del convenio). De manera que si la propuesta de convenio incurre en infracción sustancial de contenido debe ser inadmitida. Tal conclusión no puede atemperarse invocando, como pretende la apelante, las ventajas que pudiera haber reportado alcanzar un convenio sobre la

liquidación concursal, ya que en este trámite no le corresponde al juez el tener que valorar si ésta va a resultar más perjudicial para los acreedores que el convenio que se pretendía proponer, pues debe limitarse a vetar éste si es ilegal.

El juez no ha vulnerado la previsión legal que aquí estamos analizando, pues como veremos, junto a defectos subsanables, la propuesta de convenio contenía defectos esenciales de contenido, por lo que la respuesta judicial no debía ser la concesión del trámite de subsanación, sino la directa inadmisión de la misma.

CUARTO

En la resolución apelada se señala que las propuestas de convenio deberían haber contado con la previa autorización por el Consejo de Ministros o del Delegado del Gobierno, que no podía ser suplida por la del Director General de Carreteras, por resultar preciso el sometimiento al régimen presupuestario y de control del sector público estatal, además de implicar la extinción del régimen concesional sin los trámites previos precisos.

La parte recurrente señala que se trata de requisitos que han de cumplirse con posterioridad, con acomodo a lo que prevé, una vez alcanzado el convenio, la normativa administrativa.

El artículo 101 de la Ley Concursal lo que prohíbe es que la propuesta someta la eficacia de convenio a cualquier clase de condición, por lo que debería tenerse por no presentada la propuesta en caso que se infrinja el mandato legal. Lo que la norma persigue es que no puede condicionarse el nacimiento de los efectos del convenio (condición suspensiva o inicial) o su resolución o cancelación (condición resolutoria o final) al acaecimiento de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren (artículo 1.113 del Código Civil).

Sin embargo, como hemos señalado en resoluciones precedentes (auto de la sección 28ª de la AP Madrid de 12 de marzo de 2010 (AC 2010, 1202)) no cabe confundir la condición que afecta a la eficacia del convenio con cualesquiera hechos venideros que pueden incidir en la ejecución o cumplimiento de un convenio, pero de los que no se hace depender el nacimiento de los efectos del mismo o su cancelación (por ejemplo, que se aprueben las modificaciones estructurales de la sociedad deudora o que la sociedad beneficiaria del patrimonio procedente del activo concursal efectúe determinadas conductas). El no acaecimiento de esta clase de hechos de lo que sería determinante es del incumplimiento del convenio, con las consecuencias legales que se anudan a tal circunstancia.

En el caso que nos ocupa, la proponente, SOCIEDAD ESTATAL DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE TERRESTRE SL (SEITSA), es una sociedad mercantil estatal creada al amparo de la Ley 33/2003, y constituida, previo

Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005, el 30 de noviembre de 2005, siendo el Estado el titular del 100 % del capital social. Los compromisos de pago vienen respaldados por la firma de la propuesta de convenio por parte del Presidente de la propia SEITTSA y por el Director General de Carreteras, organismo éste dependiente del Ministerio de Fomento. En la propuesta se explica que la finalidad de la misma es que SEITTSA asuma la explotación de la autopista de peaje AP-36, materializándose la asunción de la explotación a través de un convenio con el Ministerio de Fomento, según los trámites administrativos procedentes, con lo que quedaría extinguido el régimen concesional.

Pues bien, en opinión de este tribunal no debería interferir en la admisión a trámite de la propuesta, que consiste en la adquisición de una unidad productiva contra el pago de deudas, el que queden para más adelante la realización de los trámites administrativos precisos para la regularización administrativa de la extinción del régimen concesional y el paso al régimen de gestión directa de la explotación del servicio público por medio de una sociedad estatal (que lo haría al amparo del régimen administrativo específico previsto en el artículo 158 de la Ley 13/1996). Los trámites administrativos tendentes a la regularización administrativa de la explotación de la autopista tienen su lógico acomodo en la previa obtención del acuerdo que permita adquirir del activo concursal la unidad productiva, pues es sólo entonces cuando puedan darse los pasos para posibilitar la prosecución de su explotación por parte del adquirente. Estamos ante una condición de ejecución o cumplimiento del convenio concursal, que no impediría el que éste pudiera considerarse eficaz desde su aprobación.

QUINTO

La resolución apelada censura a la proponente la realización de un intento de modificar el listado definitivo de acreedores aprobado en el concurso, con la excusa de que estarían repetidos los mismos acreedores en los distintos concursos que resultarían vinculados por la vía de los convenios concursales.

Lo cierto es que la proponente no incurrió, en sentido estricto, en un intento de alterar los listados de acreedores aprobados en el concurso, algo que está, sin duda alguna, fuera de su alcance. Hizo algo bastante más sutil, cual fue proponer una quita del 100% sobre los derechos de crédito de determinado grupo de acreedores, con la intención de reconducir el pago de los mismos a otro de los convenios vinculados. Con independencia de otras consideraciones que podrían hacerse a este respecto, en particular sobre la polémica que pudiera suscitar la introducción de un trato discriminatorio de carácter negativo o excluyente entre acreedores ordinarios sin soporte legal para ello, hemos de reconocer que, cuando menos, el problema que estaba poniendo de manifiesto la resolución apelada afectaba al desbordamiento de los límites que entonces resultaban

admisibles para las previsiones de quita sobre los créditos concursales.

Aunque la parte recurrente intenta pasar de puntillas sobre ello, la resolución apelada censura a la propuesta de convenio el proponer una quita del 100 %, sin sujetarse a la solicitud de autorización judicial para superar el límite (50%) que al respecto imponía el artículo 100.1 de la LC. Hay que tener presente que resulta de aplicación a este caso la redacción de dicho precepto legal según el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal (BOE nº78 de 31 de marzo), que es la que ha estado en vigor hasta su reforma por Real Decreto-Ley 11/2104 [sic], de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (en donde se decidió suprimir el sistema de limitación general que estaba previsto para el convenio, para permitirse que se superen las quitas del 50% y las esperas de cinco años si concurre una mayoría reforzada), pues la disposición transitoria 1ª.1 de este último sólo preveía la aplicación de la nueva regla legal en los procedimientos concursales en tramitación en los que no se hubiese emitido el informe de la administración concursal (lo que no nos consta que fuera, precisamente, el caso). Que la Administración Pública se beneficiase de la posibilidad de presentar un convenio en el presente caso gracias a la introducción de la disposición adicional segunda ter en la Ley Concursal, merced también al RDL 11/2014, de 5 de septiembre, incluso de un modo inicialmente extemporáneo, sirviéndose del margen que le otorgó la disposición transitoria 1ª.4, no permite soslayar la retroactividad más limitada que se previó en la citada reforma para otras previsiones legales de nuevo cuño.

Pues bien, lo primero que debemos matizar es que una de las propuestas, la referente a AUTOPISTA MADRID LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA SAU, sí contiene una solicitud de autorización de esa índole, lo que no vemos, sin embargo, en el caso de la propuesta referente a INVERSORA DE AUTOPISTAS DE LEVANTE SL, pese a que en ésta también se planteaba un problema similar. La completa omisión se da, tan solo, en el segundo caso, mas no en el primero.

Lo que ocurre es que, incluso en el caso de AUTOPISTA MADRID LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA SAU, la solicitud se planteaba en términos tan escuetos que dificultaba que pudieran entenderse cumplidas las exigencias que entonces preveía el artículo 100.2 de la LC, puesto que era preciso, a tenor de dicha regla legal, que se ofreciera al juez la posibilidad de motivar adecuadamente la aplicación de una excepción. Es importante comprender cuál era la dinámica prevista por el legislador antes de la mentada reforma del año 2014. Si la propuesta no se atenía a los límites legales que estaban establecidos no era siquiera admisible y el juez no debía admitirla a trámite (artículo 114 de la LC). Sólo de manera excepcional y si hubiera podido apreciar la especial trascendencia que para la economía podía tener el desarrollo de la actividad prevista para la empresa concursada (de ahí que el plan de viabilidad que ha de acompañar a la propuesta deba apuntar en ese sentido)

podría entonces el juez, apreciando las circunstancias del caso, decidir sobre el otorgamiento de una autorización que permitiera salvar la limitación legalmente establecida que prohibía someter a los acreedores los convenios demasiado gravosos. En la solicitud que nos ocupa sólo se aludía a que el objeto de la actividad era un servicio público, pero se prescindía de efectuar un análisis más desarrollado y concreto sobre la incidencia económica de significada trascendencia que debería asignarse a esa actividad de la concursada. No parece suficiente, en aras a justificar la aplicación de la excepción, que el juez tenga que intuir, a partir de la condición de servicio público de la actividad implicada, la batería argumental que precisaría para poder fundar el otorgamiento de una autorización excepcional.

Con todo, estamos hablando de un defecto que, al menos en lo que afectaba a una de las propuestas de convenio, podría haber sido considerado subsanable, por lo que, en principio, hubiera tenido sentido ofrecer a la proponente la posibilidad de aportar información adicional para tratar de justificar la apreciación de la excepción legal. Lo que ocurre es que ello resulta innecesario cuando junto a problemas subsanables se advierte, como más adelante señalaremos, la existencia de otros óbices definitivos para la admisión de la propuesta, en cuyo caso no tiene sentido dar lugar a dilación alguna, pues lo procedente es decretar la inadmisión.

SEXTO

Las propuestas de convenio objeto de este debate imponen quitas del 100% a los acreedores subordinados por su relación con la entidad concursada (accionistas y empresas que tuvieran relación con ellos), que sólo afectarían a este tipo de acreedores y no al resto (al menos, no de modo generalizado). Una previsión de esta índole es frontalmente contraria a los mandatos de la Ley Concursal, la cual no configura en este aspecto un ámbito de disponibilidad para los interesados, sino que contiene una previsión imperativa sobre los efectos del convenio que no puede ser soslayada. El intento de predisponer un escenario para eludir tal consecuencia convierte a la propuesta de convenio en inviable, lo que justifica el frontal veto judicial, pues está viciada de un defecto que supone que se estaría pretendiendo someter a la junta un convenio con un contenido ilegal por tratar de imponer un tratamiento inadmisibles para los créditos subordinados (artículo 134.1, párrafo segundo, de la LC).

Los derechos de los acreedores subordinados, aunque postergados, subsisten en la legislación concursal y no pueden cometerse atropellos contra los mismos, ya que existen límites legales que les amparan y que resultan infranqueables. Por un lado, la LC (el artículo 134.1, párrafo segundo) establece que las quitas que, en concreto, se establezcan en el convenio deberán ser las mismas para los subordinados que para los ordinarios. Por otro, tienen que estar sujetos al mismo plazo de pago (artículo 134.1, párrafo segundo, de la LC), aunque varía el modo de iniciar su cómputo, pues en el caso de los subordinados opera a partir

del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios.

No resulta admisible, por lo tanto, que se imponga a los acreedores subordinados una quita del 100 % cuando lo que se prevé para los ordinarios (salvo el caso especial antes aludido) es el pago del 100%. Supone una evidente y palmaria infracción legal que pretendiera imponerse a los acreedores subordinados, además de la ineludible postergación inherente a su condición de tales, un sacrificio que no sea proporcionado al que los ordinarios, que a diferencia de aquellos sí van a poder votar, se impongan a sí mismos, aprovechando que los otros no gozan de derecho a voto en la junta (artículo 122 de la LC), pero quedan afectados por el convenio (artículo 134 de la LC).

Constatamos la comisión de un defecto insubsanable de la propuesta, por presentar un contenido ilegal, que era bastante para justificar su inadmisión.

SÉPTIMO

La parte recurrente invoca las previsiones de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las “Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis” (2014/c 249/01) para tratar de justificar la imposición de un trato discriminatorio a los acreedores subordinados. Para la apelante el problema se solventa por el principio de primacía del Derecho Comunitario, que obligaría a superponer sobre el mandato de la Ley Concursal española las prevenciones que se establecen en la referida Comunicación europea relativas a la evaluación del riesgo moral a la hora de efectuar el denominado reparto de cargas, lo que debería conllevar que no sólo los accionistas, sino también los acreedores subordinados, de ser necesario, debieran absorber las pérdidas en su totalidad.

Lo primero que debemos señalar es que no parece suficiente base la mera invocación de las directrices contenidas en una comunicación de la Comisión, que, a diferencia de otras disposiciones del Derecho Comunitario, no son actos legislativos y tienen, por lo tanto, una eficacia normativa matizable (“soft law”), para poder construir sobre ello la excusa para defender un planteamiento tan radicalmente agresivo sobre los derechos de un tercero, que están protegidos por una norma legal, como el que sostiene la recurrente. En cualquier caso, este tribunal es consciente de que el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– prohíbe las ayudas de Estado que contribuyan a falsear la competencia y esa previsión normativa sí justificaría la necesidad de tener en cuenta esta exigencia del Derecho Comunitario en el contexto concreto que aquí nos ocupa. Ahora bien, si de lo que se trata es de justificar, como pretende la recurrente, que se deje de aplicar una norma nacional por contravenir el Derecho Comunitario, deberá quien así lo pretende pertrechar al tribunal de sólidas razones para ponérselo de manifiesto.

Pues bien, no encontramos ese sólido respaldo en la alegación de la parte recurrente, que presenta el defecto de que está descontextualizando la cita que efectúa (la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las “Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis” - 2014/c 249/01). El ámbito de referencia de la misma lo es el marco de operaciones en las que gracias al apoyo estatal se mejora el patrimonio neto del beneficiario que atraviesa problemas económicos mediante el otorgamiento a éste de subvenciones, aportaciones de capital o condonaciones de deuda por parte del Estado y ello en el contexto de la prestación de ayudas temporales para el salvamento o la reestructuración y de prestación de apoyo, también temporal, para ésta última. Pero ese tipo de operaciones son muy distintas a la diseñada en la propuesta de convenio que aquí nos ocupa, cuya estrategia es la de que una sociedad estatal se constituya en el adquirente de una unidad productiva para pasar a ostentar la directa explotación de un servicio público (autopista), antes concedido a otro, asumiendo como contraprestación, o precio a satisfacer por la adquisición de esa empresa, el pago de los créditos correspondientes a pasivos afectos a la unidad productiva adquirida. Se ha acudido con ello a la figura del denominado convenio con asunción de deuda, previsto en el artículo 100.2 de la LC, en el que la entidad pública ni subvenciona ni efectúa aportaciones ni condonaciones, sino que juega el papel de comprador de un bien productivo por el que ha de desembolsar un precio determinado (el pago de deudas del vendedor). Los términos para efectuar el análisis de una operación como esa, a la luz de las exigencias del Derecho de la Competencia (que prohíbe las ayudas de Estado que contribuyan a falsear la competencia –artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea– TFUE), no pasarían por los que señala la parte recurrente, sino por los de la realización del negocio de adquisición de un bien con arreglo a la lógica del mercado, a través de un comportamiento similar al que hubiera realizado un operador privado que hubiera podido estar interesado en la operación y que desembolsaría por ella un precio que consiste en pagar determinadas cantidades a los acreedores según los derechos que a éstos les están reconocidos en el concurso. Por otro lado, tampoco deberían minusvalorarse, a la hora de valorar el significado y trascendencia de la operación para el mercado, los intereses que mueven al Estado a intervenir en el presente caso, como lo puedan ser la protección de la prestación de un servicio público, el mantenimiento del empleo y el desarrollo regional, aspectos éstos que también habría que conjugar con el de la tutela de la libre competencia. A lo que debe adicionarse el especial interés de la Administración Pública por eludir el escenario de liquidación concursal del vendedor, que, como está reconocido, desencadenaría la exigencia de responsabilidades administrativas de elevada cuantía vinculadas a la suerte de la concesión en su día otorgada.

No encontramos en el planteamiento de la parte apelante, que ni tan siquiera enfoca el análisis de la operación con el criterio adecuado que hemos explicado, un fundamento

sólido para justificar la inaplicación de la norma nacional. No puede serlo, simplemente, que el promotor del convenio considere que, de aceptarse sus planteamientos, se podría evitar el tener que consultar a las autoridades europeas de defensa de la competencia. Porque si la operación, dadas sus características, precisara el sometimiento a una autorización de aquellas, lo que habría que hacer, entonces, sería recabarla. Lo que no podemos considerar justificado es que se predispusiera en la propuesta de convenio un escenario de expropiación, sin compensación alguna, de derechos ajenos, como excusa para intentar eludirla.

OCTAVO

En la resolución apelada también se señalaba la omisión del trámite de audiencia a los representantes de los trabajadores como un motivo adicional para justificar la inadmisión, pues entendía que el mismo debería haberse efectuado con carácter previo a la presentación de la propuesta en el proceso concursal.

En este aspecto no estamos de acuerdo con la resolución apelada, aunque ello no impide que fuera acertada, por otros motivos, la inadmisión de la propuesta.

Concedemos a la parte recurrente que es lógico pensar que este trámite de audiencia, al que el nº 2 del artículo 100 de la LC se refiere en tiempo futuro, pueda llenarse durante la tramitación del convenio, no siendo este momento inicial el oportuno para justificar, porque no se hubiera hecho previamente, la inadmisión a trámite de la propuesta. Hay que pensar, además, que el proponente es un tercero, por lo que parece razonable pensar que busque el escenario procesal como apoyo para poder exigir una interlocución con los representantes de los trabajadores que prestan sus servicios en la unidad productiva empresarial que pretende adquirir.

NOVENO

También se censuraba en la resolución apelada a la propuesta de convenio el contener referencias al pago de los créditos contra la masa, cuando los mismos no pueden quedar afectados por el convenio. La parte recurrente considera que el juez ha interpretado mal tal mención, porque solo pretendía con ella ofrecer una garantía adicional de pago por parte de SEITTSA para el caso de que no se atendieran con arreglo a lo previsto en la Ley Concursal.

Considera este tribunal que, en el contexto de un convenio con asunción de deuda, que aquél que asume ésta se obligue, además de a pagar créditos concursales, a satisfacer créditos contra la masa, no entraña, en principio, ningún óbice legal. Se trata de un compromiso que supera la exigencia legal, pero no la infringe, ya que por virtud del pacto el adquirente se compromete a más de lo que podría, en principio, exigírsele. Desde luego, si ninguna mención se incluye en el convenio ha de entenderse que nada se compromete por parte del adquirente con respecto a ellos,

pero si también asume su pago en modo alguno se convierte en ilegal el contenido de la propuesta. En nada se perjudica a los acreedores contra la masa, que ven así reforzadas sus posibilidades para el cobro con la entrada de otro sujeto más en la posición de deudor, lo que viene a incrementar los derechos que les concede el artículo 84 de la LC, de los que no pueden ser despojados.

DÉCIMO

La parte recurrente alega que no se producía en el presente caso la infracción del artículo 99 de la LC que señala la resolución apelada, porque el epígrafe titulado “otras consideraciones de la presente propuesta” sólo había sido incluido por razones de transparencia, sin que formara parte, en sentido estricto, del contenido compromisorio del convenio.

Este alegato de la parte recurrente resulta desmentido por el tenor literal de las propuestas de convenio, que en el epígrafe mencionado no deja lugar a dudas sobre la asunción de renuncias a derechos por parte de los acreedores concursales que exceden de lo que deberían ser los efectos normales del convenio concursal. En dicha cláusula, común a ambas propuestas, se prevé la adquisición de compromisos de renuncia explícita a la posibilidad de efectuar reclamaciones al Estado por parte de los acreedores, futuras o en tramitación, en relación con el contrato de concesión, así como renuncias a determinadas garantías por parte de las entidades financieras implicadas.

Es correcta la apreciación del juez de lo mercantil de que una previsión de tal índole tiene que ser suscrita por aquél que va a asumir tal compromiso, como exige el artículo 99 de la LC. No tiene sentido que se incluya una cláusula de esas características en la propuesta de convenio si no se aspira a tratar de hacerla efectiva contra aquellos que resultarían afectados por ella, lo que pasa por atenerse a las exigencias que el Derecho Concursal impone para ese tipo de clausulado. Sin embargo, no parece ser esa la disposición de la parte proponente del convenio, que aspiraba a hacer pasar desapercibida tal consecuencia inherente a su propuesta. El intento de enmascarar la verdadera trascendencia de determinadas previsiones del convenio implica, a los efectos que aquí nos interesan, la apreciación de un motivo adicional para obstaculizar la admisión a trámite del mismo.

UNDÉCIMO

Sostiene, in fine, la parte recurrente que los reparos que el juez de lo mercantil opone a la posibilidad de cumplimiento del plan de pagos y del plan de viabilidad exceden del control que le compete realizar en la fase de admisión de la propuesta de convenio.

Estamos de acuerdo con el alegato de la parte recurrente. Resulta prematuro que el juez oponga en esta fase procesal reparos atinentes a la posibilidad de cumplimiento del plan

de pagos y del plan de viabilidad, porque eso supone anticiparse al posicionamiento que al respecto debe efectuar un órgano concursal experto en la materia, como lo es la administración concursal, que tiene entre sus cometidos el de efectuar evaluaciones al respecto durante la tramitación de la propuesta (véase a este respecto la previsión del artículo 115 de la LC). Es más, el legislador ha reservado a la administración concursal y a determinado quórum de acreedores la posibilidad de ser ellos los que susciten la oposición a la aprobación judicial del convenio cuando consideren que el cumplimiento de éste resulta objetivamente inviable (artículo 128.2 de la LC), por lo que no parece que este aspecto pueda ser examinado de oficio por el juez (artículo 131 de la LC) y, mucho menos, en la fase admisoria de la propuesta (artículo 114 de la LC). Porque no se trata en este caso de constatar la comisión de una infracción legal, que es lo que incumbe al control judicial de oficio, sino que habrá que facilitarle al juzgador en el momento adecuado, a instancia del interesado en ello, datos y elementos de juicio que permitan sostener la inviabilidad, desde un punto de vista objetivo, de que el convenio pudiera ser cumplido. Ello debe ser suscitado, cuando proceda, en la fase de oposición, lo que supone que no se trata de un óbice que el juez pueda aducir para la inadmisión a trámite de la propuesta.

DUODÉCIMO

Aunque no todas las razones expuestas por el juzgador de la primera instancia justificaban la inadmisión de la propuesta, sí hemos podido constatar la subsistencia, tras el análisis jurídico efectuado en la segunda instancia, de motivos suficientes para respaldar la decisión de aquél. Lo cual supone la desestimación de la apelación, pues no podemos acceder a ninguna de las pretensiones contenidas en el suplico del recurso de la parte apelante. Eso conlleva que proceda efectuar expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente, tal como resulta de la aplicación de la regla prevista en el nº 1 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 3ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA [Recurso 512/2016] DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2016 [Ponente: Angélica Aguado Maestro]

Sociedades de capital: responsabilidad de administradores: Cuando la ley ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución. Fuera de este supuesto, si el acreedor pretende reclamar de la administradora la responsabilidad por el impago de sus créditos frente a la sociedad, debe ponerse de

manifiesto la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal del administrador cualificado en la falta de cobro de los créditos.

«Las entidades Fitman, S.L., y Vigon Oeste, S.A., presentaron demanda reclamando el pago de las facturas adeudadas por la mercantil Bolisister, S.L., por un total de 65.610,74 euros y de manera acumulada, ejercitaban las acciones de responsabilidad objetiva e individual de la administradora, doña Milagros, con fundamento en los arts. 367 y 241 LSC.

La sentencia dictada en primera instancia condena a Bolisister, S.L., a pagar la cantidad reclamada, pero absuelve a la administradora de la sociedad y frente a dicha resolución la parte actora interpone recurso de apelación, solicitando además de la condena al pago de los intereses moratorios previstos en la Ley 47/2002 de 19 de diciembre o en la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que se estime las acciones de responsabilidad de la administradora de la empresa, con fundamento en el art. 367 en relación con el 363.1, e) o por responsabilidad individual del art. 241, todos ellos de la LSC.

SEGUNDO

El art. 367 de la LSC establece que "1. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior".

La causa de disolución ha quedado limitada en esta segunda instancia a la prevista en el apartado e) del art. 363.1 de la LSC -pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso-.

En el presente procedimiento se reclama el pago de las facturas vencidas entre el 31 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2011 y las últimas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil por Bolisister, S.L., son las correspondientes al año 2010, donde consta un patrimonio neto de 2.920,54 euros y un capital social 3.100 euros (fol. 287), por tanto, formalmente no concurría causa

de disolución por pérdidas. En los siguientes años no se presentaron las cuentas en el Registro Mercantil y de la documentación aportada y requerida a Bolisister, S.L., se puede conocer que dicha entidad se encontraba en causa de disolución por pérdidas desde antes del año 2011, pues en su Libro Mayor del año 2010 consta como pagadas las facturas que son objeto de reclamación este procedimiento por un total de 24.186,38 euros (fols. 454 y 455), lo que nos lleva a estimar parcialmente la demanda y condenar a la administradora por las facturas impagadas a partir del segundo semestre del año 2010, de conformidad con la presunción legal prevista en el punto 2 del art. 367 LSC antes transcrito, pues no solo no acredita la administradora que durante el año 2011 no se encontraba en causa de disolución, sino que de la contabilidad de la empresa se desprende que sufría pérdidas importantes antes del segundo semestre del año 2010 al no afrontar el pago de las facturas por importe de 7.356,69 euros vencidas en el primer semestre.

En este sentido la sentencia del TS de 1 de junio de 2016 (RJ 2016, 2309) (rec. 142/2014), en relación a la causa de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social establece que:

"Esta causa de disolución está íntimamente conectada con la función del capital social en las sociedades de capital. La regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios.

La normativa societaria busca tal fin por varias vías: determinando el quantum del patrimonio afecto (fijación de mínimos legales según el tipo societario), garantizando su conocimiento por parte de terceros (constancia en los estatutos y publicidad registral, arts. 9.f TRLSA, actual 23.d TRLSC, y 115 y 121 del Reglamento del Registro Mercantil), asegurando su correcta formación inicial (garantías de depósito bancario de las aportaciones dinerarias y control y responsabilidad de los aportantes respecto de las aportaciones no dinerarias), su completa integración (arts. 42 y siguientes TRLSA, actuales 81 y siguientes TRLSC) y su mantenimiento efectivo a lo largo de la vida social (obligación de reducir el capital por pérdidas del art. 163.1.II TRLSA, actual art. 327 TRLSC, requisitos de publicidad y posibilidad de oposición de acreedores respecto de la reducción de capital, art. 165 y siguientes TRLSA, actuales 319 y 334 TRLSC, responsabilidad de los socios por la restitución de bienes integrantes del capital social por las deudas sociales, etc.).

Esta disciplina viene motivada por el principio básico de separación de responsabilidad entre la sociedad y los socios, por el que los socios «no responderán personalmente de las deudas sociales», principio básico de las sociedades capitalistas (art. 1 TRLSA, art. 1 de la Ley de Sociedades de

Responsabilidad Limitada, y actual art. 1. 2º y 3º TRLSC). Si de las deudas sociales sólo responde el patrimonio social, hay que garantizar su afección a la empresa, su realidad, su integridad, su permanencia y que exista una correspondencia razonable entre la cifra de capital social que aparece publicitada en el Registro Mercantil y el patrimonio realmente existente, esto es, que el capital social sea un dato real y no ficticio. De ahí la disciplina legal antes indicada.

3.- Dentro de esta disciplina se encuadra también la obligación de los administradores societarios de realizar los actos precisos para la disolución de la sociedad (o, en caso de insolvencia, su declaración en concurso) en un plazo breve desde que se constate que las deudas han dejado reducido el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, a fin de evitar que una sociedad descapitalizada siga funcionando en el tráfico, endeudándose frente a unos acreedores que confían en la apariencia de suficiencia patrimonial que resulta de la cifra del capital social inscrita en el Registro Mercantil. Y es por ello que la normativa societaria prevé la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución si no cumplen sus obligaciones de cara a la disolución o la declaración de concurso de la sociedad cuando concurre tal causa de disolución (art. 262.5 en relación a 260.1. 4º TRLSA, actual art. 367 TRLSC).

4.- Del mismo modo, la valoración del patrimonio de la sociedad, a efectos de compararlo con la cifra del capital social y determinar si concurre la causa legal de disolución, no puede quedar al libre arbitrio de los administradores sociales, sino que ha de realizarse conforme a unas determinadas reglas y principios, de carácter homogéneo, que son los de la contabilidad tal como viene determinada por las normas que la regulan.

Por ello, no es admisible el argumento impugnatorio que pretende diferenciar entre la «realidad material de la sociedad» y la fijada por el perito en base a criterios contables. Solo la situación patrimonial fijada en base a estos criterios contables puede tomarse en consideración para decidir si concurre la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.

De conformidad con esta doctrina jurisprudencial, no podemos estar a la realidad formal declarada por el administrador en la elaboración de las cuentas de la sociedad del año 2010, cuanto la parte actora ha acreditado y no ha sido discutido de contrario, que en la contabilidad de ese año se han computado como pagadas facturas que son objeto de reclamación en este procedimiento y por ello Bolisister, S.L., ha sido condenada a su abono; en consecuencia, como la contabilidad del año 2009 no ha resultado discutida y para el primer semestre del año 2010 la administradora ya debía conocer que concurría causa legal de disolución atendiendo al importe de las facturas adeudadas hasta ese momento que al menos alcanzaban los

7.356,69 euros, debe ser condenada solidariamente a abonar las devengadas a partir de ese momento, pues responde solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, lo que supone un total de 58.254,05 euros, de conformidad con la jurisprudencia del TS que recoge la sentencia de 10 de marzo de 2016 (RJ 2016, 962) (Recurso: 2421/2013) pues el art. 367 de la LSC "establece la responsabilidad solidaria de los administradores sociales respecto de cuantas obligaciones sociales sean posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, si los administradores incumplen las obligaciones previstas...en los arts. 365 a 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, sin circunscribirlas a las de carácter contractual"; y por esta razón, en el caso ahora analizado, la administradora no podría ser responsable solidaria del pago de las facturas vencidas en el primer semestre del año 2010, pues no se ha practicado prueba que acredite que antes de ese año se encontrara en causa de disolución por pérdidas.

TERCERO

La acción individual de responsabilidad por las facturas vencidas en el primer semestre del año 2010 no puede prosperar de conformidad con la jurisprudencia del TS recogida en la sentencia de 18 de abril de 2016 (RJ 2016, 1342) (Recurso: 2754/2013):

"Con carácter general, debemos recordar que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad individual de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad. De otro modo supondría contrariar los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, u olvidar el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, como proclama el art. 1.257 CC (sentencias 131/2016, de 3 de marzo (RJ 2016, 801); y 242/2014, de 23 de mayo (RJ 2014, 2943)).

De ahí que resulte tan importante, en un supuesto como éste, que se identifique bien la conducta del administrador a la que se imputa el daño ocasionado al acreedor, y que este daño sea directo, no indirecto como consecuencia de la insolvencia de la sociedad" [...]

En este contexto, para que pueda imputarse a la administradora el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la sociedad acreedora, no basta con afirmar que se demoró la exigibilidad del pago de la deuda mediante el endoso de unos pagares, mientras la sociedad era insolvente y la administradora dejó de cumplir con el deber de liquidar de forma ordenada la sociedad. Debe existir un incumplimiento más nítido de un deber legal al que pueda anudarse de forma directa el impago de la deuda social.

De otro modo, si los tribunales no afinan en esta exigencia, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es ésta la mens legis. La ley, cuando ha querido imputar a los administradores la responsabilidad solidaria por el impago de las deudas sociales en caso de incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, ha restringido esta responsabilidad a los créditos posteriores a la aparición de la causa de disolución (art. 367 LSC). Si, fuera de estos casos, se pretende, como hace la demandante en su demanda, reclamar de la administradora la responsabilidad por el impago de sus créditos frente a la sociedad, debe hacerse un esfuerzo argumentativo, del que carece la demanda, por mostrar la incidencia directa del incumplimiento de un deber legal cualificado en la falta de cobro de aquellos créditos.

En las sentencias 131/2016, de 3 de marzo, y 242/2014, de 23 de mayo (RJ 2014, 2943), sí que apreciamos la acción individual, porque el incumplimiento de una obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por el comprador de una vivienda habitual (prevista en el art. 1 Ley 57/1968), produce un daño directo «a la compradora, que, al optar, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 57/1968, entre la prórroga del contrato o su resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de ésta última pretensión, al no hallarse garantizadas las sumas entregadas». «El incumplimiento de aquella norma legal sectorial, de ius cogens, cuyo cumplimiento se impone como deber de diligencia del administrador, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable».

En nuestro caso, en realidad, se está imputando al administrador el impago de las deudas sociales con la demandada, sin que tal impago sea directamente imputable, con carácter general, al administrador. Ni siquiera cuando la sociedad deviene en causa de disolución por pérdidas y no es formalmente disuelta, a no ser que conste que caso de haberlo sido, sí hubiera sido posible al acreedor hacerse cobro de su crédito. Para ello hay que hacer un esfuerzo cuando menos argumentativo (sin perjuicio de trasladarle a los administradores las consecuencias de la carga de la prueba de la situación patrimonial de la sociedad en cada momento), que no han realizado ni la demandante, ni los tribunales de instancia".

En el caso ahora analizado el hecho de que la empresa hubiera cerrado de hecho en el año 2011 y no hubiera presentado las cuentas de esa anualidad, no guardan ninguna relación de causalidad con la falta de pago de las facturas del primer semestre del año 2010.

CUARTO

Finalmente, en cuanto al devengo de intereses de demora no sería de aplicación la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista que tiene por objeto la

venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, sino la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y en cuanto a las costas de primera y segunda instancia serán de aplicación los arts. 394 y 398 LEC».

JUZGADOS

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE MADRID DE 9 DE DICIEMBRE DE 2016 [Magistrado: Carlos Nieto Delgado]

Concurso de acreedores. - Propuesta de modificación de un convenio concursal ante el incumplimiento efectivo: es posible admitir a trámite la propuesta de modificación del convenio instada por un acreedor a partir de sus simples manifestaciones de incumplimiento, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir del deudor o de cualquiera otra parte legitimada que se opusieran a la existencia de dicho incumplimiento y por tanto a la procedencia de la apertura de este trámite. Además, en los casos de convenios con propuestas alternativas no parece que sea exigible que todas ellas hayan sido incumplidas. Asimismo, en el supuesto de convenio aprobado bajo el régimen de propuestas condicionadas es posible pedir la modificación de uno de los dos convenios sin pedir simultáneamente la del otro. En este sentido, tratándose de propuestas de convenio condicionadas, ambos convenios deben cumplirse en su integridad, pero la declaración de incumplimiento de uno de ellos no conlleva necesariamente la declaración de incumplimiento del otro.

«La disposición transitoria 3ª de la Ley 9/2015 establece que los convenios concursales aprobados en aplicación de la normativa que deroga dicha Ley deberán cumplirse íntegramente. Sin embargo, en caso de incumplimiento en los dos años siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, el deudor o los acreedores que representen al menos el 30 por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento, calculado conforme al texto definitivo del informe de la administración concursal, podrán solicitar la modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por esta Ley. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de modificación, así como de un plan de viabilidad.

SEGUNDO

La entidad BANKIA, S.A. reúne las condiciones de legitimación para presentar la propuesta de modificación del convenio de SILVIA BEATRIZ, S.L.U. aprobado por Sentencia de fecha 14 de marzo de 2012. Desde el punto de vista de las formalidades y documentación exigida, la petición viene acompañada también de la propuesta de modificación y del plan de viabilidad, en los términos prevenidos por el apartado 2 de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 9/2015. La solicitud se funda en el incumplimiento efectivo del

convenio en cuanto concierne a una de las propuestas alternativas que en el mismo se recogen, que se ha producido o subsiste dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 9/2015. Ante la variación del tenor de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 9/2015, por comparación con el que tenía la norma equivalente en su precedente recogido en el Real Decreto-ley 11/2014, interpretamos que el último régimen en vigor es de aplicación a todas las solicitudes de modificación que se hubieren presentado con posterioridad al inicio de su vigencia, incluso aunque el incumplimiento se hubiera producido durante la vigencia del Real Decreto-ley 11/2014 y antes de la entrada en vigor de la citada Ley 9/2015. Esto último hace ocioso concretar la fecha en que el incumplimiento se haya podido producir.

La admisión a trámite de la propuesta de modificación suscita en el presente caso al menos cuatro cuestiones: a) si en los casos en que la solicitud de modificación la presenta un acreedor, la verificación del incumplimiento que sirve como presupuesto base de la misma exige de alguna actividad indagatoria por parte de la autoridad judicial o bien de la conformidad del deudor; b) si, en los casos en que el convenio hubiera incluido propuestas alternativas, es preciso que todas las propuestas hayan sido incumplidas; c) si, en caso de convenio con propuestas alternativas de las que únicamente alguna de ellas hubiera sido incumplida, cabe la posibilidad de que se solicite únicamente la modificación de aquella que no se está cumpliendo; y d) si, habiendo sido el convenio aprobado bajo el régimen de las propuestas condicionadas, es preciso para la admisión a trámite de la modificación del mismo que sea simultáneamente presentada una propuesta de modificación para el otro convenio al que se condicionó su original aprobación.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la exigencia de un incumplimiento como presupuesto base para la solicitud de modificación del convenio destierra la idea de que este cauce sea electivo, por razones de conveniencia, oportunidad o mera comodidad, para cualquier deudor con convenio aprobado que estuviere cumpliendo el mismo sin incidencia alguna. Como tuvimos oportunidad de establecer los Jueces Mercantiles de Madrid en el documento sobre unificación de criterios emitido tras las reuniones de 7 y 21 de noviembre de 2014 con relación a la reforma operada por los Reales Decretos-ley 4/2014 y 11/2014, la modificación del convenio “no es un cauce de elección voluntaria para el deudor, a fin de reformar o modificar las iniciales medidas incluidas en su convenio judicialmente aprobado, que tiene en principio que cumplirse. El supuesto de hecho que habilita esta posibilidad es el efectivo incumplimiento de dicho convenio que deriva de una incapacidad de pago, y siempre que no se incurra en fraude de ley por el deudor para abrir esta posibilidad.” Esta hermenéutica parece que debe mantenerse, dado que el Legislador no ha variado el tenor de la disposición en este punto con motivo de la transformación del Real Decreto-ley 11/2014 en la Ley 9/2015. Ahora bien, como antes se ha apuntado, puede

plantearse la duda de si, en los casos en que la modificación sea instada por uno o varios acreedores, es exigible que el Juez Mercantil lleve a cabo alguna verificación sobre el incumplimiento del convenio; si debe abrirse el trámite a partir de las meras manifestaciones de incumplimiento del/de los acreedor/es instantaneos o si se precisa de otro modo la admisión del incumplimiento por parte del propio deudor o incluso su intervención como coadyuvante en la petición.

Entendemos que la cuestión no es baladí, porque la redacción de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 9/2015, a diferencia de su precedente en el Real Decreto-ley 11/2014, establece que la única vía de salida del cauce que se inicia con la solicitud de modificación del convenio, fuere quien fuere quien la hubiere promovido, en caso de denegación no es otra que la declaración de incumplimiento del convenio y la apertura de la liquidación. Podría así plantearse que, cuando la modificación del convenio haya sido planteada por un acreedor y no resulte aceptada por el porcentaje de pasivo legalmente exigida, la desestimación de la petición terminaría en una declaración de incumplimiento del convenio y apertura de la liquidación, frente a la cual el deudor no habría tenido oportunidad de reaccionar, en la forma prevenida por el artículo 140.2 LC. Es más, la petición de modificación podría incluso utilizarse maliciosamente por un acreedor al objeto de obtener indirectamente, por falta del necesario respaldo del pasivo a su propuesta, una declaración de incumplimiento que hubiera resultado más compleja y arriesgada (en términos de costas) en el marco de un procedimiento contradictorio.

Consideramos que esta primera cuestión puede resolverse con una respuesta sucinta: la posible oposición del deudor a la existencia del incumplimiento habilitante para la modificación del convenio debe articularse a través del oportuno recurso frente a la resolución judicial de admisión a trámite de la propuesta de modificación del convenio, que en los casos en que hubiere sido presentada por un acreedor deberá dictarse a partir de sus meras manifestaciones y sin que quepa efectuar por la autoridad judicial indagación alguna sobre la real existencia del incumplimiento alegado. Habrá de ser en el trámite de un hipotético recurso contra esta decisión en el que se ventile, a instancia del propio deudor o de cualquiera de los demás legitimados para recurrir (que podrían ser incluso acreedores, con constancia de que el convenio sí se está cumpliendo y el trámite de modificación es improcedente), si concurre o no el presupuesto que justifica la petición. Y ello sin perjuicio de la posibilidad de que, en aquellos casos en que la complejidad del caso lo aconseje, las partes puedan ser reconducidas desde ese recurso a un incidente de incumplimiento del convenio, habida cuenta de las posibilidades de proposición de vista y prueba que para este último existen y que no se darían en un mero recurso de reposición contra la presente resolución. Concluimos, en resumidas cuentas, que puede admitirse a trámite la propuesta de modificación del convenio instada por un acreedor a partir de sus simples manifestaciones de incumplimiento, sin perjuicio de la

posibilidad de recurrir del deudor o de cualquiera otra parte legitimada que se opusieran a la existencia de dicho incumplimiento y por tanto a la procedencia de la apertura de este trámite.

En lo que concierne a la segunda de las cuestiones, en los casos de convenios con propuestas alternativas no parece que sea exigible que todas ellas hayan sido incumplidas. Aunque en la praxis de los Juzgados Mercantiles y Audiencias haya podido suscitarse la cuestión distinta de si el incumplimiento que da pie a la declaración prevenida en el artículo 140.3 LC debe o no ser de cierta gravedad (véase las Sentencias de la A.P. de Las Palmas de 11.3.2009 (JUR 2009, 249681) o de la A.P. de Zaragoza de 19.4.2010 (JUR 2010, 217583)), sentada la premisa de que el incumplimiento en los plazos de restitución de la deuda fijados por el convenio constituye un supuesto de entidad suficiente para justificar dicha declaración, deberá concluirse que dicho incumplimiento afectante a cualquiera de las propuestas alternativas de un convenio permite pedir su modificación. Y aún más, que la modificación únicamente puede pedirse en relación con aquellas propuestas alternativas que hayan sido incumplidas (en otras palabras, no cabría aprovechar el incumplimiento de una de las propuestas de convenio para pretender la modificación de otras que no hubieran sido incumplidas, a menos que se razonase y justificase la existencia de una vinculación entre el incumplimiento de las fallidas y la observancia de las restantes).

A la vista de la anterior respuesta, la tercera cuestión queda automáticamente resuelta, pues la propuesta de modificación del convenio que aquí se presenta exclusivamente se dirige a variar el tenor de las obligaciones que impone la propuesta incumplida, como es correcto que se haga y sin que sea exigible (ni siquiera admisible) que se haga lo propio respecto de aquellas otras que no hayan sido incumplidas. Cuestión distinta será si la aprobación de la modificación exigirá que las mayorías exigidas se calculen sobre la totalidad del pasivo del deudor o exclusivamente tomando como referencia el pasivo adherido a la propuesta alternativa que se quiere modificar. Sobre esta cuestión entendemos que procede pronunciarse en la resolución que estime o desestime la modificación del convenio, no siendo éste el momento procesal para adelantar el criterio que se juzga preferible.

Por último, se plantea la cuestión de si en los casos en que el convenio hubiera sido aprobado bajo un régimen de propuestas condicionadas, es posible pedir la modificación de uno de los dos convenios sin pedir simultáneamente la del otro. Consideramos que no existe obstáculo legal para que la modificación afecte únicamente a uno de los citados convenios, lo cual será además la única opción admisible cuando sólo uno de ellos haya sido incumplido. Ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de pedir la modificación simultánea de los dos convenios que hubieren sido aprobados bajo ese régimen de recíproco condicionamiento, si ambos hubieren sido incumplidos; y de

la posibilidad adicional de petición de condicionamiento recíproco de la aprobación de tales modificaciones que, aún no prevista legalmente en la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 9/2015, entendemos que resultaría procedente, por aplicación supletoria del artículo 101.2 LC.

TERCERO

Resueltas las anteriores incógnitas en torno a la procedencia de la admisión a trámite de la presente solicitud y en lo que concierne al control de su contenido, la propuesta de modificación del convenio presentada se encamina efectivamente a obtener la aplicación, para una de las propuestas alternativas recogidas en el convenio de SILVIA BEATRIZ, S.L.U. aprobado por Sentencia de fecha 14 de marzo de 2012, de las medidas prevenidas en la Ley 9/2015, como es en particular la conversión de los créditos con privilegio especial en préstamos participativos. Consideramos que la exigencia prevenida por el apartado 2 de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 9/2015 de que la propuesta de modificación sea “con aplicación de las medidas introducidas por esta Ley” no exige que las medidas incluidas en la propuesta de modificación estén previstas en la Ley 9/2015 y no contempladas en la disciplina anterior a su vigencia (o a la del Real Decreto-ley 11/2014); es por ello que la previsión de conversión del crédito en préstamos participativos en el apartado 2 del artículo 100 de la LC en su redacción original de la Ley 22/2003 (obviamente para los acreedores con privilegio especial, en el régimen vigente hasta la entrada en vigor de las últimas modificaciones legales: siempre tributaria de la voluntaria adhesión del titular del crédito, conforme al anterior artículo 134.2 LC) no constituye ningún obstáculo para que pueda integrar la presente solicitud de modificación de una de las propuestas alternativas. La medida que se propone introducir resulta hoy contemplada en la previsión recogida en el artículo 100.2 LC en conexión con el 134.3.b) y 124.1.b) del mismo cuerpo legal y con eso basta. Resulta por tanto procedente desde esta perspectiva su admisión, dándose traslado de la misma al deudor y al resto de acreedores que no la hubieren formulado para que en el plazo de DIEZ DIAS manifesten si aceptan o se oponen a la modificación propuesta.

CUARTO

La Disposición Transitoria 3ª de la Ley concursal establece que, solicitada la modificación del convenio, quedarán en suspenso las declaraciones de incumplimiento previamente presentadas. No resuelve sin embargo qué acontece cuando se insta la modificación de un solo convenio, en aquellos casos en que el mismo hubiera sido aprobado bajo el régimen de las propuestas condicionadas prevenido en el artículo 101.2 LC y se hubiera presentado demanda de incumplimiento de los dos convenios recíprocamente vinculados.

Así como la Ley Concursal contempla el condicionamiento en la aprobación judicial de dos propuestas de convenio sujetas al régimen que acaba de expresarse, no establece ninguna

especialidad o vinculación en cuanto al incumplimiento de las propuestas que fueron aprobadas bajo esa misma disciplina. Ello nos lleva a concluir que, en los excepcionales casos de propuestas de convenio condicionadas, ambos convenios deben cumplirse en su integridad; y que la posibilidad de declaración de incumplimiento de uno de ellos no conlleva necesariamente la declaración de incumplimiento del otro, con la consiguiente apertura de la liquidación para la concursada vinculada por el convenio cumplido.

Si todas las anteriores premisas son correctas, la consecuencia que de ello se deriva es que la solicitud de modificación del convenio de SILVIA BEATRIZ, S.L.U. debe paralizar el incidente de incumplimiento que se tramita bajo los autos de incidente concursal núm. 585/2014 exclusivamente con referencia a SILVIA BEATRIZ, S.L.U., pero el citado incidente deberá proseguir su tramitación en conexión con el alegado incumplimiento de GESTORA PATRIMONIAL ATAZAR, S.L.U. Y ello sin prejuzgar el correcto fundamento de esa pretensión, que deberá resolverse en el citado trámite incidental y en la resolución que ponga fin al mismo».