



Roj: **SAP CA 15/2023 - ECLI:ES:APCA:2023:15**

Id Cendoj: **11012370052023100015**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **09/01/2023**

Nº de Recurso: **1061/2021**

Nº de Resolución: **39/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz**

C/Cuesta de las Calesas s/n

Tlf.: 956 90 22 44 - 47. Fax: 956245271

Email:

N.I.G. 1101242M20160000117

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 1061/2021

Negociado: DH

Autos de: Incidente concursal. Otros (192 LC) 566/2020

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CADIZ

Apelante: OXYLIS S.A.S. y PROASAL SALINERA DE ANDALUCIA S.L.

Procurador: ANA MARIA ALONSO BARTHE y ALFONSO MANUEL GUILLEN GUILLEN

Abogado: EMMA MARIA MUÑOZ SANCHEZ-MOLINI y JUAN PEDRO COSANO ALARCON

Apelado: IBERICA DE SALES S.A., Constancio Y OTROS, ADMINISTRACION CONCURSAL y SALMARA SALINERA

Procurador: INMACULADA GONZALEZ DOMINGUEZ, CLARA GARCIA-AGULLO FERNANDEZ y RAFAEL MARIN BENITEZ

Abogado: ANTONIO JESUS GONZALEZ DIAZ, FERNANDO ANGEL GONZALEZ DE LA PEÑA YSERN, PEDRO CALDERON NAVAL y JOSE ALVARO PEREZ ARBIZU

### **SENTENCIA N° 39/2023**

**Presidente Ilmo. Sr.**

**Don Carlos Ercilla Labarta**

**Magistrados Ilmos. Sres.:**

**Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano**

**Don Miguel Ángel Navarro Robles**

**En la ciudad de Cádiz, a nueve de enero de dos mil veintitrés**

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial, los autos de Incidente Concursal, tramitados en la Sección Quinta del Concurso seguidos con el número 119/2016, seguidos con el **número 566/2020**, sobre OPOSICIÓN A LA APROBACIÓN DE LA PROPUESTA DE CONVENIO, procedentes del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz, en el que figuran como apelantes, la entidad concursada



PROASAL SALINERA DE ANDALUCÍA, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Don Alfonso Guillén Guillén y asistida por el Letrado Don Juan Pedro Cosano Alarcón, y la entidad OXYLIS, S.A.S., representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana María Alonso Barthe y asistida por la Letrada Doña Emma Muñoz Sánchez Moliní, y como partes apeladas, la administración concursal de PROASAL SALINERA DE ANDALUCÍA, S.L., representada y defendida por el administrador concursal Don Pedro Calderón Naval, los trabajadores de la concursada Don Constancio y otros, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Clara García-Agulló y asistidos por el Letrado Don Fernando Ángel González de la Peña Ysern, y la entidad SALMAR SALINERA DE ANDALUCÍA, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Marín Benítez y asistida por la Letrada Doña Cándida Ferris Villanueva, actuando como Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz dictó Sentencia de fecha 29 de marzo de 2021, en los autos de Incidente Concursal, tramitados en la Sección Quinta del Concurso N.º 205/2016, cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: *"Que ESTIMO la demanda de oposición a la aprobación judicial del convenio, y, en consecuencia, rechazo el convenio aceptado por mayoría de acreedores en el concurso de la entidad PROASA, SALINERA DE ANDALUCIA, S.A., por infracción de las normas que la ley establece sobre el contenido del convenio.*

*Se imponen las costas a la parte demandada. "*

**SEGUNDO.**- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación, la concursada PROASAL SALINERA DE ANDALUCÍA, S.L. y la entidad OXYLIS, S.A.S., los cuales fueron admitidos a trámite y su fundamentación impugnada de contrario por la administración concursal, los trabajadores y la entidad SALMAR SALINERA DE ANDALUCÍA, S.L., remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 5 de diciembre de 2022, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

**TERCERO.**- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Frente a la Sentencia dictada en la anterior instancia que acuerda estimar la oposición formulada por la administración concursal a la aprobación de la propuesta de convenio, que fue aceptada por una mayoría superior al 65% del pasivo ordinario reconocido en los textos definitivos, se alzan en apelación las respectivas representaciones procesales de la concursada PROASAL SALINERA DE ANDALUCÍA, S.L. y de la entidad OXYLIS, S.A.S., coadyuvante de la concursada.

En la sentencia apelada se estima el motivo de oposición formulado por la administración concursal de infracción del contenido de la propuesta de convenio, en síntesis, por no hacerse constar como contenido de la propuesta de convenio, el proyectado aumento de capital en la cantidad de 3.500.000 euros, que es recogido en la hoja Excell que la acompaña, en la que se contiene el plan de pagos y el plan de viabilidad.

En el recurso de apelación de la concursada se contienen los siguientes motivos:

1º Inexistencia de infracción de las normas que regulan el contenido del convenio.

2º Subsidiariamente, subsanabilidad del hipotético defecto advertido.

La entidad OXYLIS, S.A.S. funda el recurso en el motivo único de inexistencia de vulneración alguna del artículo 100 LC de 2003, si bien, también alega que el defecto sería subsanable.

**SEGUNDO.**- **La sentencia apelada, tras la aceptación de la propuesta de convenio con el voto favorable de cuatro acreedores que superan el 65% del pasivo ordinario, en el que se preveía una quita del 92% del importe de los créditos ordinarios y una espera de 10 años -20 años para los créditos subordinados- con un periodo de carencia de 2 años, hecho no controvertido, estima la oposición a la aprobación del convenio formulada por la administración concursal, en concreto, por infracción del contenido del convenio, al no haberse hecho constar en la propuesta, el aumento de capital que se recoge en el epígrafe "Capital Social" de la hoja en formato Excel que se acompaña a la propuesta de convenio, correspondiente al plan de pagos y al plan de viabilidad y, en la que se hace constar, un proyectado aumento de capital de 3.500.000 € para el pago de los créditos contra la masa y privilegiados generales, que ascienden a 3.336.267 euros, coincidiendo la juzgadora de instancia con la administración concursal, en que dicho aumento de capital debió formar parte de la propuesta de convenio,**



en la que sólo se prevé la citada quita del 92% del importe de los créditos ordinarios y una espera de 10 años, con un periodo de carencia los dos primeros años.

En la sentencia apelada, se comienza con unas precisiones relativas a los documentos presentados por las partes fuera de plazo e inadmitidos por resolución judicial, en concreto, se hace referencia al escrito presentado el día 20 de mayo de 2020 por la concursada, en el que se hacen alegaciones al informe desfavorable de la administración concursal que, según consta en la resolución recurrida, no es admitido por ser un trámite no previsto en la Ley Concursal, ya que se acompaña de un nuevo plan de viabilidad que no consta aportado junto a la propuesta de convenio presentada el octubre 28 de octubre de 2019, siendo diferente del que se acompañaba a dicha propuesta que sí se tuvo por presentado por la juzgadora a quo. Lo mismo se dice que ocurre con el escrito ampliatorio de demanda que presenta la administración concursal en el mes de septiembre de 2020, del que nunca se dio traslado a la juzgadora para resolver sobre su admisión, por lo que no hay resolución judicial que la admita, ya que la providencia de 2 de octubre de 2020 solo admite la demanda presentada por la administración concursal, sin referirse a ningún escrito ampliatorio. De igual forma, se hace constar en la resolución apelada que no se admite el escrito presentado por la concursada con fecha 22 de julio de 2020, en el que se informa del acuerdo alcanzado entre la entidad OXYLIS, S.A.S. y los propietarios de las participaciones de la concursada para la adquisición de la totalidad del capital social y posterior realización del aumento de capital previsto en la hoja Excel. Dichas decisiones previas no han sido atacadas en los respectivos recursos de apelación y oposiciones a los mismos.

En la sentencia recurrida, a continuación, se establece la distinción, con cita jurisprudencial, entre la propuesta de convenio, el plan de pagos y el plan de viabilidad. Asimismo, en cuanto al control de legalidad de la propuesta de convenio, se argumenta que la apreciación y posible subsanación de los defectos de forma queda reservada a la fase de admisión de dicha propuesta, sin que la falta de apreciación de un defecto en el contenido del convenio en dicho trámite, impida que pueda ser advertido más tarde por el juez del concurso, como se desprende de la STS de 19 de febrero 2013 .

En cuanto a los concretos motivos de ambos recursos de apelación, coinciden las apelantes en la inexistencia de infracción del contenido del convenio y, con carácter subsidiario, en su carácter subsanable.

En síntesis, funda la concursada el primer motivo de recurso en lo siguiente:

- El art. 100.2 LC no es aplicable el supuesto de litis, puesto que en la propuesta de convenio no se contiene ningún contenido alternativo.
- Tampoco infringe el artículo 99 LC , porque no existe ningún compromiso de tercero de asumir el pago del pasivo de la concursada.
- La ampliación de capital es un contenido estricto del plan de viabilidad.
- El incumplimiento del proyecto ampliatorio de capital no es sinónimo de fracaso de convenio, pues el plan de viabilidad no es más que un documento orientativo, un cálculo de hipótesis.
- No se ha incumplido el artículo 316 TRLC.

Se aduce en el recurso de apelación formulado por la concursada, que en la sentencia recurrida se incurre en error al encauzar a la infracción del art. 100.2 LC , la infracción del contenido de la propuesta de convenio que la administración concursal basaba en los artículos 99 y 100.5 LC , dado que el art. 100.2 LC se refiere a los contenidos alternativos, alegando que la concursada no ha formulado en su propuesta de convenio ninguna opción o alternativa de ofrecimiento a sus acreedores para que puedan elegir, no hay ningún contenido alternativo a la quita y espera, por lo que el precepto que se considera infringido no tiene cabida en el debate, sin que el hecho de que la concursada, para atender a sus obligaciones, se proponga realizar una ampliación de capital, suponga que ello constituya un contenido alternativo del convenio; y, sin que en ningún lugar, la Ley Concursal diga ni permita deducir, que el hecho de que la concursada se proponga ampliar capital para con su importe atender a sus obligaciones, sea un contenido alternativo de convenio, ni que su mención sea una obligación imperativa y, sin que el artículo 100.2 LC sea aplicable ni tenga nada que ver con la polémica suscitada por la administración concursal en la demanda. Igualmente, *ad cautelam*, se alega que tampoco existe infracción del artículo 99 LC (hoy artículo 316 TRLC), que es el que la parte actora invoca en su demanda. Así, aduce la concursada, que el propósito de ampliar capital para atender a sus obligaciones económicas con sus acreedores, no supone la existencia de un tercero que se comprometa directamente frente a dichos acreedores a abonar esas deudas como si fueran propias, que es a lo que la Ley se refiere, ni tampoco hay tercero que se comprometa frente a los acreedores a financiar a la concursada, sino que no es más que la expresión de un proyecto societario de carácter interno, por lo que no resulta de aplicación el artículo 99 LC , ya que se trata de una fuente de financiación interna que no debe mencionarse en la propuesta de convenio sino en el plan de viabilidad, porque es una de las formas para complementar los recursos



necesarios para atender a las obligaciones del convenio. Se aduce por la concursada apelante que cuando la Ley utiliza el término tercero "compromitente", se está refiriendo a los terceros en sentido propio, esto es, a personas ajenas al concurso. Igualmente, arguye la recurrente que el artículo 100.3 LC no exige acreditación de los medios con que cuenta la concursada para pagar los créditos afectados por el convenio o, los acuerdos alcanzados con algunos socios. Considera la recurrente, que las previsiones del plan de viabilidad acerca de la financiación no son compromisos con terceros a efectos del artículo 99 LC .

Se añade en el recurso de la concursada, que la ampliación de capital es una fuente de financiación interna que no se ha de llevar a cabo obligatoriamente con cargo a reservas, sino que puede hacerse de otras maneras por los propios partícipes y, además, quien firma notarialmente la propuesta de convenio, es igualmente el administrador único de DIMARSA, sociedad que controla casi el 100% del capital de la concursada, por lo que hasta se podría considerar cumplido el requisito de suscripción del convenio por ese tercero inexistente. En cuanto al fraude de ley al que alude la sentencia recurrida, se alega que no se cumplen los requisitos. Subsidiariamente, se entiende que el defecto hipotético sería subsanable, dado que el juzgador de instancia no opuso objeciones a la propuesta de convenio en el momento de su admisión a trámite y, de no admitirse la subsanación, se situaría a la parte proponente en indefensión y, de considerarse que la concursada debería incluir la mención a la ampliación de capital en su propuesta de convenio y, que sus partícipes deberían rubricar ésta, se interesa que se dé a la parte un plazo para subsanar la propuesta.

El recurso de apelación interpuesto por la entidad OXILIS, S.A. se basa igualmente en la inexistencia de vulneración del artículo 100.2 LC , por cuanto en la propuesta de convenio no existe ninguna proposición alternativa, ya que la única propuesta que la concursada hace sus acreedores y que éstos han aceptado, es la quita y espera de las deudas, siendo lo único sobre lo que los acreedores debían pronunciarse, aceptándola o rechazándola. Y, compartiendo con la sentencia recurrida que las proposiciones alternativas y adicionales del artículo 100.2 LC no agotan todas las posibilidades del negocio jurídico en que consiste el convenio de acreedores, se aduce que de lo que no cabe duda es de que dichos preceptos se refieren, en todo caso y, sólo, a propuestas alternativas adicionales a las que pueden acogerse todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores. Y, la previsión de un aumento de capital en nada afecta al derecho de los acreedores a las condiciones de satisfacción de sus créditos, sino sólo, a las posibilidades de cumplimiento del convenio como recurso necesario para dicho cumplimiento, con el que la concursada espera contar, siendo contenido del plan de pagos y del plan de viabilidad y, pero en modo alguno puede considerarse, en su caso, como, contenido alternativo o adicional y, mucho menos, como contenido obligatorio, pues nada adicional a la quita o espera se está ofreciendo a los acreedores; sin que tampoco pueda entenderse que la previsión de ese aumento de capital constituya una condición de la eficacia del convenio, ni que implique la existencia de un compromiso de pago o financiación a cargo de terceros, como sostiene la administración concursal, porque ningún tercero asumió ninguna obligación que precise la suscripción de la propuesta de convenio por el mismo o su expreso consentimiento. Y, considera esta apelante que, aun entendiéndose que existía el compromiso y, que la propuesta debía ser suscrita por un tercero, como mucho, sería un defecto subsanable, insistiendo en que la concursada presentó escrito de 22 de julio de 2020 en el que se informa del acuerdo alcanzado con OXYLIS, S.A.S., hoy apelante, para la adquisición de la concursada y el compromiso de asumir el aumento de capital, tratándose sólo de un hecho nuevo puesto en conocimiento del juzgado, que no puede inadmitirse como se hace en la sentencia recurrida. Se acaba concluyendo en este recurso que la propuesta de convenio no infringe el artículo 100.2 LC, pues no contiene ningún contenido alternativo, sin que tampoco se infrinja el artículo 99 LC, al no existir compromisos de pago por cuenta de tercero.

**TERCERO.-** El art. 128 de la Ley Concursal 22/2003 (en adelante, LC), norma vigente en el momento de la interposición de la demanda de incidente concursal por la administración concursal, contempla como causas de oposición a la aprobación del convenio, en el tercer párrafo del apartado uno, la infracción de las normas que dicha Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración. Y, además, la administración concursal -entre otros legitimados-, puede oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable.

La sentencia apelada estima la causa de oposición a la aprobación alegada por la administración concursal, de infracción del contenido de la propuesta de convenio, que fundaba, en concreto, en la infracción de los arts. 99 y 100.5 LC -arts. 316 y 332 TRLC-, sin entrar a analizar la otra causa alegada por la administración concursal de inviabilidad objetiva de cumplimiento del convenio, que ha quedado fuera del objeto del recurso de apelación.

La administración concursal alega en la fundamentación de esta causa de oposición, que es en la propuesta de convenio donde debe hacerse referencia al aumento de capital por importe de 3,5 millones de euros y, también, hacer referencia a quién lo ingresa; y, en cambio, la propuesta de convenio no cumple dicho requisito mínimo de contenido, pues la referencia a esa ampliación se hace en el escueto plan pagos que se acompaña como



complemento a la propuesta de convenio. La juzgadora de instancia considera que, aunque la administración concursal habla de infracción de los artículos 99 y 100.5 LC, se trataría más bien, de la infracción del artículo 100.2 LC, argumentando en los siguientes términos:

*"es decir, del contenido alternativo que, en caso de existir, debe llevarse necesariamente a la propuesta de convenio, distinto del imperativo del artículo 100.1, pero igualmente trascendente y obligatorio (recordemos que la ley concursal hace en el artículo 100.2 una enumeración ejemplificativa, no agotadora, como la conversión de créditos en acciones, el convenio de asunción...). Estaríamos ante la infracción del artículo 99 y 100.5 de la ley concursal si la previsión de hacer un aumento de capital se hubiera incluido en la propuesta de convenio sin que existiera el compromiso de un tercero para llevarlo a cabo en el plan de viabilidad (artículo 100.5) o en la propia propuesta de convenio (artículo 99), pero no es el caso, ya que la previsión de realizar el aumento de capital no se menciona en la propuesta de convenio. Por la representación procesal de la entidad concursada, en su escrito de contestación a la demanda (páginas 4 y 7), se alega que dentro de los tres motivos de la primera causa de oposición se citan dos motivos que no se refieren al contenido de la propuesta de convenio, sino al contenido del plan de pagos (concepto jurídico diferente al de propuesta de convenio) y que, por tanto, no pueden ser causa de oposición.*

*En concreto, como ya se ha indicado, se refieren las partes al epígrafe "Capital Social" de la hoja formato Excel que se acompaña a la propuesta de convenio, en la que se contiene el plan de pagos y el plan de viabilidad, donde se prevé hacer un aumento de capital de 3.500.000 euros para el pago de los créditos contra la masa y privilegiados generales. Según la administración concursal la previsión de hacer un aumento de capital debería estar en la propuesta de convenio y contar con la firma del tercero que asume la obligación de llevar a cabo la aportación del capital necesaria para hacer el aumento, ya que la concursada carece de reservas ( artículo 99 y 105 de la ley concursal ), por lo que si un tercero no afronta tal compromiso no se entiende cómo la concursada va a llevar a cabo la mencionada ampliación de capital.*

*Según la concursada, la previsión de aumento de capital no infringe ninguna norma sobre el contenido de la propuesta de convenio porque no se contiene en ella, sino en el plan de pagos o plan de viabilidad, por lo que considera que no puede ser causa de oposición por no estar en la propuesta de convenio (páginas 4 y 6 de la contestación).*

*El razonamiento que hace la concursada, sobre que no es posible oponerse por causas que afecten al plan de pagos o al plan de viabilidad (páginas 4 y 6 de su contestación) es válido en su formulación (y conforme a la STS de 26 de marzo de 2015 antes referida), pero incierto en sus conclusiones, por lo que no puede ser aceptado por esta Juzgadora. Es cierto que el convenio, como tal, es el producto de la autonomía de la voluntad y presenta una naturaleza específica, con un contenido imperativo y otros posibles contenidos alternativos (respecto de los cuales la ley concursal solo hace una enumeración ejemplificativa). Pero tan contenido del convenio son las quitas y las esperas (contenido imperativo) como el resto de contenidos alternativos, por lo que su omisión supondrá una infracción de ley a efectos de permitir la impugnación del convenio. Si en el plan de pagos o en el plan de viabilidad se incluyen contenidos que deberían figurar en la propuesta de convenio, huyendo del carácter tasado de la propuesta y en busca de mayor laxitud, estaremos ante un fraude de ley para impedir el normal desenvolvimiento del control judicial y el derecho de oposición de los acreedores. En definitiva, si se permitiera tal comunicabilidad entre los contenidos de la propuesta de convenio, por un lado, y el de los planes de pagos o viabilidad, por otro, se abriría una puerta al fraude de ley, permitiendo que por el fácil mecanismo de llevar a los documentos complementarios determinadas menciones que, cabalmente, debería anunciar la propuesta de convenio, quedaran éstas sustraídas al control judicial. Por ello, considero que omitir en la propuesta de convenio la previsión de hacer un aumento de capital de 3.500.000 de euros para el pago de los créditos contra la masa y créditos con privilegio general (sumando ambos 3.336,267 euros) y llevar tan esencial extremo exclusivamente al plan de pagos o plan de viabilidad, supone una infracción del contenido mínimo del convenio, como bien alega la administración concursal. La previsión de un aumento de capital por importe de 3.500.000 euros es un contenido potestativo, pero si se acuerda, deberá lógicamente incluirse en la propuesta de convenio. Si no se incluye, se infringe la norma. Esto es lo que sucede en el presente caso.*

*La propuesta de convenio únicamente prevé una quita del 92% del importe de los créditos ordinarios y una espera de 10 diez años con un periodo de carencia los dos primeros años, nada dice sobre la necesaria previsión de hacer un aumento de capital de 3.500.000 euros, de hecho en la estipulación segunda se dice que se podrá hacer frente al pago de los créditos ordinarios y subordinados, así como a los créditos contra la masa y privilegiaos, con los ingresos que se generen por consecuencia por la actividad de la concursada (en el caso de que se mantenga el pronunciamiento habido en primera instancia sobre la nulidad de los contratos celebrados con la entidad ALBASIA) o con los ingresos que se generen como consecuencia de las rentas arrendaticias y/ o por el remanente del precio pactado por transmisión de las concesiones (en el caso de que se revoque el pronunciamiento habido en primera instancia sobre la nulidad de los contratos celebrados con la entidad*



ALABASIA), silenciando que es necesario un aumento de capital de 3.500.000 euros para el pago de los créditos contra la masa y créditos con privilegio general. Por otro lado, nada se dice en ninguno de los dos planes sobre cómo va a hacer frente la concursada al aumento de capital si carece de reservas para ello. El hecho de que con posterioridad a la presentación de la propuesta de convenio la concursada haya identificado a un tercero (OXYLIS) que estaría dispuesto a comprar, con el consentimiento de la concursada, todas las participaciones sociales de la misma para después hacer la ampliación de capital, no cambia el hecho de que la propuesta de convenio incumple las reglas de contenido por no haber previsto esa ampliación de capital con compromiso de un tercero para llevarla a cabo en la propia propuesta de convenio.

No puede dejar de señalarse que el sentido de esta resolución podría ser otro, salvo las salvedades que se pudieran encontrar sobre la viabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, en el hipotético caso de que en la propuesta de convenio presentada se hubiera contemplado la previsión de hacer un aumento de capital de 3.500.000 para el pago de los créditos contra la masa y créditos con privilegio general y se hubiera identificado al tercero que se obligara a suscribir la ampliación de capital, ya que la concursada carece de beneficios o reservas con las que afrontarlo. De esta forma sí podría entenderse que la propuesta de convenio cumple las normas previstas en la ley concursal sobre su contenido, sin perjuicio de que si faltara solo la firma del tercero podría haberse requerido para que se subsanara en el momento de la admisión a trámite (artículo 99), pero nada se dice en la propuesta de convenio sobre la necesidad de hacer un aumento de capital, no siendo un defecto subsanable y estando prohibida la modificación de la propuesta inicialmente presentada (artículo 114.2).

La necesidad de que los contenidos alternativos al necesario contenido imperativo de quitas y/o esperas se incluyan también en la propuesta de convenio tiene importancia por dos razones:

1.- Habiéndose preocupado el TS (sentencia de 26 de marzo de 2015) de aclarar que el objeto de la votación y del control judicial es la propuesta y no los planes que la acompañan, se abriría una puerta al fraude de ley, permitiendo que por el fácil mecanismo de llevar a los documentos complementarios determinadas menciones que, cabalmente, debería anunciar la propuesta de convenio, quedarán éstas sustraídas al control judicial.

2. Finalmente, de aceptar esa "comunicabilidad" entre propuesta y plan de viabilidad o plan de pagos, el régimen del art. 140 puede verse alterado, pues imaginemos que el aumento de capital que se pretende hacer después de la aprobación del convenio y que iba a posibilitar su cumplimiento no se logra; si consideramos que la operación societaria pertenece a la propuesta, el acreedor afectado por el convenio podrá, ante su fracaso, denunciar el incumplimiento; en otro caso, deberá esperar los dos años de carencia hasta que pueda haber un impago, con el riesgo de deterioro de la situación patrimonial.

Por otro lado, considero que el incluir en la propuesta de convenio la futura operación societaria de aumento de capital (meramente proyectada y cuya ejecución se difiere al momento ulterior a la aprobación judicial firme del convenio) no hace que la propuesta de convenio sea condicionada (artículo 101 de la ley concursal), ya que "el artículo 101 de la Ley Concursal lo que prohíbe es que la propuesta someta la eficacia de convenio a cualquier clase de condición", y que "no cabe confundir la condición que afecta a la eficacia del convenio con cualesquiera hechos futuros e inciertos que pueden incidir en el cumplimiento o incumplimiento de un convenio, como puede ser (...) que se aprueben las modificaciones estructurales de la sociedad deudora (...)", las cuales, "de no acaecer, serían determinantes del incumplimiento del convenio sin que se haga depender de ellos el nacimiento de los efectos del convenio o su cancelación" (Auto de la Sección 28.a de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2010 en el concurso de Fórum Filatélico SA).

Lo mismo ocurre si la propuesta de convenio, como ocurre en este caso, está sometida a lo que en apelación se resuelva sobre la sentencia que ha declarado nulos los contratos de arrendamiento y transmisión de la explotación salinera, que no por ello la propuesta de convenio es condicionada, pues no se trata de una condición que afecte a la eficacia del convenio, sino a su posible cumplimiento.

De lo expuesto se colige que, siendo el proyectado aumento de capital contenido del convenio (y no del plan de viabilidad o plan de pagos) y constituyendo su futura consumación "condición de cumplimiento" -que no de eficacia-, la frustración de la misma es causa suficiente para declarar incumplido el convenio a instancias de un acreedor (art. 140), sin necesidad de que el fracaso de la operación societaria vaya acompañado de un impago, lo que resulta trascendente en aquellos casos, como el presente, en que hay un periodo de carencia para el pago de los créditos ordinarios y subordinados de dos años.

Dice el artículo 129 de la LC que la sentencia que resuelva la oposición aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. Le está vedado al juez, por lo tanto, integrar o modificar el convenio. En consecuencia, al considerarse que la propuesta de convenio infringe las normas que la ley concursal establece sobre el contenido del convenio procede su rechazo (artículo 129.3 de la LC), sin necesidad analizar el resto de motivos de oposición alegados por la AC en su demanda."



Esta Sala comparte con los apelantes que en la sentencia recurrida parece que se incurre en error al fundar la estimación de la infracción del contenido de la propuesta de convenio en la vulneración del art. 100.2 LC , entendiendo que se trata de una proposición *alternativa*, pese a que la administración concursal invocaba los arts. 99 y 100.5, porque es cierto que el indicado art. 100.2 LC , aunque se refiera a un aumento de capital, contempla el supuesto específico de capitalización de los créditos, como contenido alternativo de la propuesta de convenio. Ahora bien, no es menos cierto que el art. 100.2 LC también se refiere a proposiciones *adicionales*, que es como entendemos debe calificarse el aumento de capital que no conlleva capitalización de créditos.

Dicho precepto, vigente tanto en el momento de su presentación, como cuando se presentó la demanda de la administración concursal, establecía en sus dos primeros párrafos:

*"2. La propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.*

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

El párrafo 2º del art. 100.2 aparece recogido en los arts. 327 y 328 del TRLC, que en la redacción originaria establecían:

**Artículo 327.- Propuesta de convenio con conversión de créditos**

*1. En la propuesta de convenio de contenido alternativo se podrá incluir como una de las alternativas la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas o en obligaciones convertibles de la propia sociedad concursada o de otra sociedad, o la conversión de los créditos en créditos participativos por período no superior a diez años, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de aquellos que tuvieran los créditos originarios.*

*2. La conversión de los créditos laborales exigirá el consentimiento individual de los titulares de esos créditos.*

**Artículo 328.- Propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o participaciones sociales**

*1. La conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima, podrá realizarse aunque los créditos a compensar no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles.*

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

La Ley 16/2022 no ha modificado el contenido de dichos preceptos, salvo el apartado 2 del art. 327 TRLC que lo ha suprimido.

Dicha Ley 16/2022 ha introducido una modificación importante en la regulación del convenio de acreedores y, en concreto, introduce en el capítulo VI del título VII del libro primero, dos nuevos artículos, 399 bis y 399 ter. El primero de ellos, referido al aumento del capital en ejecución del convenio y, el segundo, relativo a la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo en ejecución del convenio. No obstante, aunque se hagan en ejecución del convenio, forman parte de la propia propuesta y de su contenido, como específicamente se prevé para los supuestos de modificación estructural (art. 317.3 TRLC).

En este caso, en la propuesta de convenio se omite toda referencia a la operación proyectada de aumento de capital por importe de 3.500.000 euros. Esa información sólo consta de forma parca y manifiestamente insuficiente, bajo la rúbrica "Capital Social", en la Hoja Excell aportada con la propuesta de convenio, en la que se dice se contiene el plan de pagos junto con el plan de viabilidad, que la Magistrada a quo dice en la sentencia haber admitido en cuanto tales, por lo que no cabe entrar a valorar si lo aportado constituye un plan de viabilidad.



Se alega y valora en la resolución recurrida que no había reservas ni beneficios, extremo al que las apelantes pretenden restar trascendencia, cuando realmente sí la tiene, porque el aumento de capital por dicho importe de 3.500.000 -o la diferencia entre el capital vigente y esa cantidad, lo que tampoco se aclara- no podrá hacerse con cargo a reservas (o beneficios), ni tampoco se prevé que se haga mediante la capitalización de los créditos.

La controversia se suscita a en cuanto a si dicho aumento de capital debió formar parte del contenido de la propuesta de convenio o, al menos, si dicha información debió contenerse en la propuesta de convenio o, si como sostienen las apelantes, basta con que se haga referencia a la misma en el plan de viabilidad, dado que no se trata del supuesto previsto en el artículo 100.2 LC, porque no hay una propuesta alternativa a los acreedores de conversión de los créditos en acciones o participaciones, para la que resultaría necesario un aumento de capital.

La cuestión tiene relevancia en tanto incide en el control que puede hacer el juez, como bien se señala en la resolución recurrida.

Aun cuando el TRLC, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, no estaba en vigor en el momento de la presentación de la propuesta de convenio ni de la presentación de la demanda de incidente concursal de oposición a la aprobación de la propuesta de convenio por la administración concursal, en la medida en que se trata de un texto refundido, sirve para clarificar la regulación anterior, sobre todo, teniendo en cuenta, que no es controvertido que no introduce en el objeto de esta apelación modificación alguna, cuya aplicación además, invoca la propia concursada apelante.

A los proponentes y al contenido de la propuesta de convenio dedica el TRLC los arts. 315 a 332 TRLC, que mantienen sustancialmente la regulación de los arts. 98 a 102 LC 2003, pudiendo distinguirse entre *un contenido obligatorio (quita y/o espera)* y *un contenido facultativo*, aunque se desarrolla en diversos preceptos. Así, se desglosa el art. 100 LC 2003 referido al contenido de la propuesta de convenio en una serie de preceptos, dedicando preceptos específicos a las proposiciones adicionales, entre ellas, a la propuesta de convenio con asunción del art. 324 TRLC y, a las proposiciones alternativas -con una regulación detallada en los arts. 325 a 330-, incluyendo entre estas últimas, la propuesta de convenio con conversión de los créditos en acciones y participaciones de la propia sociedad concursada o de otra sociedad (art. 327 TRLC), que se permite aunque los créditos a compensar no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles, sin que sea necesaria mayoría reforzada para la adopción del acuerdo en la junta general (art. 328 TRLC).

A las reglas generales del contenido de la propuesta de convenio se dedican los arts. 317 a 323. El primero de ellos, cuya rúbrica coincide con la del art. 100 LC 2003, sólo recoge de forma parcial lo establecido en sus tres primeros párrafos. En el apartado 1 reproduce el art. 100.1 en cuanto al contenido obligatorio de la propuesta de convenio, manteniendo la forma del verbo "deberá" contener proposiciones de quita, de espera o de quita y espera. El apartado 2 del art. 317 TRLC, cuyo concordante lo encontramos en el párrafo 1º del art. 100.2 LC 2003, contempla como contenido facultativo de la propuesta de convenio, la posibilidad de que contenga para todos o algunos acreedores o para determinadas clases de acreedores *cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente o proponentes*, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley, excluyendo a los créditos públicos -lo que coincide con el párrafo 1º del art. 100.2 LC-. El TRLC ha optado por regular separadamente las proposiciones adicionales, que se llevan al artículo 317.2 y, las proposiciones alternativas, que pasan a regularse en los artículos 325 a 330. Las proposiciones adicionales no tienen más limitaciones que las que resulten del propio TRLC, regulando en los arts. 319 a 324 diversos supuestos que podemos considerar proposiciones adicionales, aun cuando no consideramos que constituyan *numerus clausus*, dado el tenor del apartado 2 del citado art. 317 TRLC. En los arts. 320 a 323 TRLC se recogen una serie de supuestos de *contenidos facultativos o adicionales* de la propuesta de convenio, que aparecían recogidos de forma dispersa en la LC 2003 y, que ahora se sistematizan y ubican en sede de la propuesta de convenio. Se trata de contenidos facultativos, a título, entendemos, meramente ejemplificativo. En este sentido, el AAP de Madrid, Sec. 28.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2010, que a propósito del art. 100.2 LC 2003, declara que la enumeración no es exhaustiva, pudiendo proponerse otros cualesquiera acuerdos que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público.

Entiende esta Sala que, un aumento de capital proyectado para pagar los créditos privilegiados y créditos contra la masa, por el nada desdeñable importe de 3.500.000 €, cuando la sociedad, además, carece de reservas, constituye un contenido "adicional" de la propuesta de convenio que debe constar en la propia propuesta, sin que para ello resulte suficiente su inclusión en el plan de viabilidad, máxime, incluso, si, como en este caso, la mención a este aumento de capital se contiene en una hoja Excel que parece recoger el plan de pagos y el plan de viabilidad -así lo ha entendido la juzgadora a quo-, que se limita a indicar el importe de 3.500.000 euros, bajo el epígrafe "Capital Social", sin ningún desarrollo ni explicación.



El artículo 100.5 LC , relativo al plan de viabilidad, establecía:

**" Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.**

**Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio."**

Este precepto, en el TRLC, es el artículo 332, que tiene un contenido casi idéntico -que no ha sido modificado por la Ley 16/2022 -:

**"Artículo 332.- El plan de viabilidad**

**1. Cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además del plan de pagos, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.**

**2. Los créditos comprometidos por acreedores o terceros que se concedan al concursado para financiar la continuidad de la actividad se satisfarán en los términos fijados en el propio convenio."**

Sobre el plan de viabilidad resultan ilustrativos los argumentos de la STS de 26 de marzo de 2015:

*"1. El plan de viabilidad que el art. 100.5 LC exige en determinados supuestos, acompañar a todo convenio, es un documento especial con el fin de que la administración concursal pueda evaluar el contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en que se pueda contar con los recursos que genere la actividad económica que en el futuro desarrolle el concursado. Al propio tiempo sirve de información a los acreedores, al objeto de que puedan valorar las expectativas de cumplimiento del convenio. Es un documento que proyecta, de forma estimativa, los recursos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, los medios de los que parte, así como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permita, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio.*

*Obsérvese que el plan de viabilidad sólo es obligatorio cuando se tenga previsto contar con los recursos que genere la continuación, bien sean propios bien sean de terceros. En este último caso, el apartado 5 del art. 100 LC se refiere a los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención, así como "los compromisos de su prestación por terceros". Lo que obliga, a su vez, a señalar las condiciones económicas de la prestación de los recursos por terceros, y que, de tratarse de créditos, se encomienda a las partes determinar en el convenio la forma de su satisfacción ( párrafo segundo del apartado 5 del art. 100 LC ).*

*Al plan de viabilidad se refiere también la Ley Concursal en el art. 104.2 , en el supuesto de propuesta anticipada de convenio por el deudor cuando, para dar cumplimiento al mismo, se presente un plan de viabilidad que contemple expresamente una quita o una espera superior a los límites previstos en el apartado 1 del art. 100 LC , que, en todo caso, deberá evaluar la administración concursal ( art. 107.2 LC ). También en caso de propuesta de convenio presentada por acreedores que representen una quinta parte del total pasivo del deudor resultante de la lista de acreedores ( art. 113.1 LC ), de ser admitida a trámite, se dará traslado de la misma a la administración concursal para que emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y "en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe".*

*Por ello, el plan de viabilidad debe acompañar, en determinados casos, al convenio, pero no es necesario más que en los supuestos expresamente contemplado en la ley.*

*2. De cuanto antecede debe colegirse sin dificultad que lo que se somete a votación para su aprobación o rechazo en junta de acreedores es la propuesta de convenio, al que se acompañará un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad. Pero el convenio y sólo el convenio es el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores. Es el único instrumento que procede votar, bien por el procedimiento escrito ( art. 115 bis LC ), bien en la junta de acreedores ( arts. 121 y 124 LC ); el que se somete a la aprobación judicial ( art. 127 LC ); el que puede ser impugnado, mediante oposición por las personas legitimadas ( art. 1128 LC ), sin que figure como infracción de normas o como causa de impugnación, referencia alguna al plan de viabilidad; y el juez, de oficio, puede rechazar ( art. 131.1 LC ), pero limitándose a cuestiones estrictamente formales, no porque pudiera interpretar a su modo la "inviabilidad" del plan.*

*Por consiguiente, debe estimarse el motivo de casación del recurrente, porque la sentencia recurrida ha estimado el recurso de apelación interpuesto por la actora con fundamento en el incumplimiento por el concursado del plan de viabilidad que acompañaba al convenio. Ni, por las razones expuestas, la infracción del plan de viabilidad*



podía constituir la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, ni el Tribunal de apelación estaba legitimado para declarar incumplido el convenio, pues, sólo ante el juez del concurso cabe la denuncia del mismo ( art. 140.1 LC ). Solo la resolución firme de incumplimiento del convenio supone la rescisión del mismo y la desaparición de los efectos sobre los créditos ( art. 140.4 LC ), en relación a los efectos novatorios."

El plan de viabilidad es preceptivo, por tanto, cuando se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial. En este caso, el plan de viabilidad era preceptivo, pero un aumento de capital por importe de 3.500.000, cuando no hay reservas ni se van a capitalizar los créditos, no podemos entender que se trate de un recurso que genere el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, sin perjuicio de que, efectivamente, como se dice en la citada STS de 26 de marzo de 2015 , había que hacer constar en el plan de viabilidad, tanto los medios de los que se parte, como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permitan, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio. De dicha sentencia también se desprende que es obligatorio cuando se tenga previsto contar con los recursos que genere la continuación de la actividad, bien sean propios, "bien sean de terceros".

Pese a ello, el aumento de capital puede considerarse como un contenido adicional de la propuesta de convenio, sin que la mención que se pueda contener al mismo en el plan de viabilidad **sustraiga del propio contenido de la propuesta de convenio la necesidad de que recoja, en aquellos supuestos en los que se prevé una ampliación de capital. Al aumento de capital no sólo se debe hacer mención en la propuesta de convenio en los supuestos de conversión de acciones o participaciones ofrecidas a los acreedores, sino también en todos los casos en los que se proyecte o se prevea como necesario para el cumplimiento del convenio un aumento de capital, sin perjuicio de que esta información sobre el aumento de capital pueda ser complementada en el plan de viabilidad.**

El supuesto planteado de la necesidad de un aumento de capital, guarda similitud con la modificación estructural como contenido "adicional" del convenio que se prevé en el artículo 317.3 TRLC. En dicho caso, tampoco estamos ante una proposición alternativa a los acreedores, pero resulta indiscutible que constituye el contenido de la propuesta de convenio, aunque se trate de un contenido adicional, no imperativo y, su inclusión, resulte facultativa, esto es, sólo cuando se proyecte hacer dicha modificación estructural en cumplimiento del convenio. Así, en el art. 317.3 TRLC se establece: *"En la propuesta de convenio podrá incluirse la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada"*. De igual modo, ello se recogía en el último inciso del art. 100.3 LC , que preveía: *"En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada"* (el subrayado es nuestro) .

Por tanto, estimamos que el aumento de capital de capital constituye un contenido de la propuesta de convenio y, su falta de inclusión, sin perjuicio de que pueda ser completado en el plan de viabilidad, constituye una infracción del contenido del convenio.

A mayor abundamiento, se invoca en la demanda de oposición a la aprobación de la propuesta de convenio, la infracción del artículo 99 LC, cuyo apartado 1 párrafo 2º LC , establece: *"Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente."*

En el presente caso, es incuestionable que el aumento de capital constituye una fuente de financiación de la sociedad para el cumplimiento del convenio y, de hecho, se dice por los apelantes que se propone para el pago de los créditos privilegiados y contra la masa, por un importe de 3.500.000 €. Tampoco resulta cuestionable que no es un aumento de capital que vaya a hacerse con cargo a reservas ni tampoco mediante la capitalización de créditos. Es más, la propia concursada y la entidad OXILYS -también apelante-, alegan que dicho aumento de capital se materializaría mediante la adquisición de todas las participaciones por dicha sociedad, que no hay que olvidar que se trata de un tercero. Por tanto, en una interpretación finalista del propio precepto, no cabe sostener que estemos ante una financiación "interna", en el sentido de que sean los socios actuales los que vayan a concurrir al aumento de capital, sino que sería una tercera entidad, con un cambio total en el capital social, lo que nos lleva a concluir que efectivamente debió ser objeto del contenido de la propuesta de convenio. Y, es más, con el aumento de capital proyectado, mediante el cambio en la titularidad del capital social, en definitiva, lo que hubiera implicado en la práctica, es que esta tercera sociedad, al asumir la titularidad de todo el capital social, iba a pasar a ser titular de la unidad productiva, mediante una vía distinta al convenio con asunción (art. 324 TRLC, que constituye un contenido de la propuesta de convenio),



por lo que estimamos que ello constituye un argumento más para sostener que el aumento de capital social proyectado, debió figurar en la propuesta de convenio.

Por tanto, aún cuando se haya basado la decisión de instancia en la infracción del artículo 100.2 LC y, sin perjuicio de que cabría una aplicación integradora, porque también estimamos que forman parte del contenido de la propuesta del convenio los supuestos de aumento de capital en los que no haya propuestas alternativas de conversión de los créditos en acciones o participaciones, además de que dicho precepto también contempla otros posibles "contenidos adicionales", como es el caso del aumento de capital, esta Sala comparte con la administración concursal y con los demás apelados en sus oposiciones a los recursos de apelación, que se ha cometido una infracción del contenido del convenio, resultando aplicables también los preceptos invocados por la administración concursal.

No procede, como pretenden los apelantes, con carácter subsidiario, concederles un plazo para subsanar la propuesta de convenio. Es cierto que inicialmente no se apreció el defecto cuando se admitió a trámite la propuesta de convenio -lo que no ha de extrañar si tenemos en cuenta la forma en que se incluyó en la hoja Excell-, siendo posteriormente, cuando se pone de manifiesto, primero en el informe de evaluación de la administración concursal y, después, en la demanda de oposición a la aprobación del convenio rectora de esta litis, pero no se contemplaba en la ya regulada derogada de la Ley concursal, en la tramitación de la propuesta ordinaria de convenio, un trámite similar al previsto para la propuesta anticipada de convenio, en el que se permitía dejar sin efecto su admisión ( art. 107.2 LC y 350 TRLC, este último derogado por la Ley 16/2022). Por otra parte, como se recoge en la sentencia apelada, el Tribunal Supremo ha declarado en la Sentencia 50/2013, de 19 de febrero , que la admisión a trámite de la propuesta de convenio no impide un ulterior control judicial del contenido del convenio, porque en otro caso resultaría ilusoria la facultad de rechazo de oficio del convenio. Se argumenta en la citada Sentencia: "(...) podemos afirmar que la falta de apreciación de un defecto en el contenido del convenio en este trámite de admisión de la propuesta no impide que pueda serlo más tarde por el juez, al tiempo de la aprobación de la propuesta de convenio aceptada por los acreedores en la junta. De otro modo se vaciaría de contenido el apartado 1 del art. 131 LC , que permite al juez, haya sido o no formulada oposición a la aprobación del convenio, rechazar de oficio el convenio aceptado por la junta, si aprecia que " se ha infringido alguna de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio (...) y sobre la constitución de la junta o su celebración ".

*Bajo esta interpretación de la normativa aplicable, el hecho de que el juez no hubiera advertido el defecto de que adolecía la propuesta de convenio al tiempo de su admisión a trámite, de la misma manera que no impide que pudiera serlo más tarde al revisar de oficio el convenio aceptado por la junta, carece de relevancia para considerarlo una infracción procesal que determine la nulidad de actuaciones o que haya ocasionado indefensión."*

Los efectos de la sentencia estimatoria de la oposición a la aprobación del convenio por infracción del contenido del convenio se contienen en el artículo 129.3 LC , hoy art. 391 TRLC-. Conforme a los indicados preceptos, la sentencia que estime la oposición por infracción legal en el contenido del convenio -o por inviabilidad objetiva de su cumplimiento- declarará rechazado el convenio. No se permite subsanar la infracción apreciada del contenido del convenio, además de que, como también se dice en la sentencia recurrida, el artículo 114.2 LC no permite modificar la propuesta de convenio una vez admitida -hoy, art. 346 TRLC-.

Por todo ello, procede la confirmación de la sentencia apelada, con desestimación de ambos recursos de apelación.

**CUARTO.-** Desestimado el recurso de apelación, de conformidad con los artículos 398.1 y 394.1, ambos de la L.E.C, las costas procesales devengadas en esta alzada, han de serle impuestas a la parte apelante. No obstante, en el presente caso, teniendo en cuenta la fundamentación de esta sentencia en cuanto a la infracción del artículo 100.2 LC por contener una proposición alternativa, que no es el caso -aunque sí adicional-, estimamos que los recursos de apelación estaban justificados y, que no procede una expresa imposición de las costas causadas en esta alzada; procediendo la pérdida del depósito constituido para recurrir.

**Vistos los preceptos legales citados y demás general y pertinente aplicación al caso,**

**FALLAMOS:** Desestimar los recursos de apelación formulados por el Procurador de los Tribunales Don Alfonso Guillén Guillén, en nombre y representación de la entidad concursada PROASAL SALINERA DE ANDALUCÍA, S.L., y por la Procuradora de los Tribunales Doña Ana María Alonso Barthe, en nombre y representación de la entidad OXYLIS, S.A.S., frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz de fecha 29 de marzo de 2021, en los autos de Incidente Concursal seguidos con el número 566/2020, tramitados en la Sección Quinta del Concurso seguido con el número 205/2016 y, en su virtud, debemos confirmar y



confirmamos dicha resolución, sin expresa imposición de las costas procesales devengadas en esta alzada, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente Sentencia caben recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 550 TRLC).

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

*Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ