



Roj: **STS 3742/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3742**

Id Cendoj: **28079110012014100438**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/09/2014**

Nº de Recurso: **3327/2012**

Nº de Resolución: **449/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Zaragoza, núm. 2, 09-05-2012,**
SAP Z 2584/2012,
ATS 8468/2013,
STS 3742/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Septiembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5ª, como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza.

El recurso fue interpuesto por la entidad Re-Imagina Restauración S.L., representada por el procurador Marcos Juan Calleja García.

Es parte recurrida la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado y la entidad Conway the Convenience Company, S.A., representada por el procurador Fernando García del Cruz Romeral.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador José Alfonso Lozano Vélez de Mendizábal, en nombre y representación de la entidad Conway the Convenience Company, S.A., interpuso demanda de incidente concursal por incumplimiento de convenio ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza, contra la administración concursal de Re- Imagina Restauración, S.L., para que se declare judicialmente el incumplimiento del referido convenio.

2. El procurador Juan Carlos Jiménez Giménez, en nombre y representación de la entidad Re-Imagina Restauración S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestime la demanda incidental promovida por Conway the Convenience Company, S.A. en su integridad, con imposición de costas a la demandante."

3. La procuradora Mª. José Cabeza Irigoyen, en nombre y representación de la entidad Catalunya Banc S.A., interpuso demanda de incidente concursal por incumplimiento de convenio ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza, contra la entidad Re-Imagina Restauración S.L., para que se dictase sentencia:

"por la que se declare el incumplimiento del convenio con todas las consecuencias derivadas del citado incumplimiento y con imposición de costas a la parte demandada."

4. Con fecha 29 de febrero de 2012 se dictó Auto, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Se acuerda la acumulación de la demanda incidental registrada con el número 140 19/09-3-A a la demanda incidental registrada con el número 140 19/09-2-A, continuándose las mismas sustanciándose en un mismo procedimiento y decidiéndose en una misma resolución."

5. El procurador Juan Carlos Jiménez Giménez, en representación de la entidad Re-Imagina Restauración S.L., presentó escrito por el que justificaba el primer pago de la propuesta de convenio y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la desestime el incidente promovido por Conway the Convenience Company, S.A. y por Caixa Catalunya S.A. sobre incumplimiento de convenio."

6. La procuradora M^a José Cabeza Irigoyen, en representación de la entidad Catalunya Banc, S.A., presentó escrito por el que se oponía al anterior escrito mencionado y suplicaba al Juzgado que declarase el incumplimiento del referido convenio.

7. El Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, interpuso demanda incidental ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza, contra la entidad Re-Imagina Restauración S.L., para que se dictase sentencia:

"por la que acuerde el incumplimiento del convenio y la desaparición de sus efectos en los términos de lo dispuesto en los artículos 140.4 y 136 de la LC."

8. El procurador Juan Carlos Jiménez Giménez, en representación de la entidad Re-Imagina Restauración S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que desestime la demanda incidental promovida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en su integridad, con imposición de costas a la demandante."

9. Por Auto de fecha 26 de abril de 2012 se acordó la acumulación del incidente promovido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria al promovido por Conway the Convenience Company, S.A. y por Caixa Catalunya S.A.

10. El Juez de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza dictó Sentencia con fecha 9 de mayo de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Acuerdo estimar las demandas incidentales interpuestas por Conway the Convenience Company, representada por el procurador Sr. Lozano Vélez de Mendizábal, de Catalunya Banc S.A. representada por la procuradora Sra. Cabeza Irigoyen y por la Abogada del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración del Estado (AEAT) y en el que ha sido parte la administración concursal contra Re-Imagina Restauración S.L., representada por el procurador Sr. Jiménez Giménez y en consecuencia declarar el incumplimiento de convenio de la entidad Re-Imagina Restauración S.L. sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales."

Tramitación en segunda instancia

11. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Re-Imagina Restauración, S.L.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 5^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante Sentencia de 9 de octubre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Que desestimamos íntegramente el recurso interpuesto por Re-Imagina Restauración S.L. contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2012, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado Mercantil núm. 2 de Zaragoza en incidente concursal nº 19 del concurso 140/2009, que confirmamos íntegramente con imposición de las costas del concurso a la recurrente."

Interposición y tramitación del recurso de casación

12. El procurador Juan Carlos Jiménez Giménez, en representación de la entidad Re-Imagina Restauración S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5^a.

El motivo del recurso de casación:

1º) *Infracción del art. 140 de la LC.*

13. Por diligencia de ordenación de 4 de diciembre de 2012, la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5^a, tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

14. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad Re-Imagina Restauración, representada por el procurador Marcos Juan Calleja García; y como parte recurrida la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada por el Abogado del Estado, la entidad Conway the Convenience Company, S.A., representada por el procurador Fernando García del Cruz Romeral.

15. Esta Sala dictó Auto de fecha 1 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil RE-IMAGINA RESTAURACIÓN SL, contra la Sentencia dictada, con fecha 9 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 429/2012, dimanante de los autos de incidente concursal nº 19/2009, de declaración de incumplimiento del convenio, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Zaragoza."

16. Dado traslado, las representaciones respectivas de la entidad Conway the Convenience Company, S.A. y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, presentaron escritos de oposición al recurso formulado de contrario.

17. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de julio de 2014, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes

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

La sociedad Re-imagina Restauración, S.L. fue declarada en concurso de acreedores por auto de 29 de abril de 2009.

El 26 de abril de 2010, el juzgado dictó sentencia por la que aprobaba el convenio, que establecía una quita del 50% del importe de los créditos afectados por el convenio, y el resto debía abonarse en cinco años. En concreto, al cumplirse el primer año de la aprobación del convenio, el 26 de abril de 2011, debía pagarse el 20% de los créditos; al término del segundo año, otro 20%; al término del tercer año, otro 20%; al término del cuarto año, otro 20%; y a la conclusión del quinto y último año, el restante 20%.

Transcurrido el primer año (el 26 de abril de 2011), la concursada no había pagado, cuando menos, el primer aplazamiento vencido de los créditos de tres acreedores, Conway the Convenience Company, Catalunya Banc, S.A. y AEAT.

2. Estos tres acreedores instaron la resolución del convenio al amparo del art. 140 LC, por incumplimiento de las obligaciones de pago.

Aunque en el curso del incidente concursal la concursada realizó algunos pagos, la sentencia dictada en primera instancia el día 9 de mayo de 2012, después de declarar que no había quedado acreditado que se hubieran pagado todos los créditos exigibles según el convenio, apreció su incumplimiento y acordó su resolución.

Esta resolución fue ratificada por la audiencia, al conocer del recurso de apelación, sin que se haya declarado acreditado el pago de todos los créditos exigibles según el convenio.

Recurso de casación

3. *Formulación del único motivo*. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la concursada, sobre la base de un único motivo: la infracción de lo dispuesto en el art. 140 LC sobre incumplimiento del convenio. En el desarrollo del motivo se argumenta que, aunque era cierto que al tiempo de vencer el primer plazo no se había pagado el primer aplazamiento ya vencido de los créditos de Conway the Convenience Company, Catalunya Banc, S.A. y AEAT, con posterioridad fueron satisfechos. En concreto, se afirma que en fecha 11 de mayo de 2012, ya se habían pagado los créditos correspondientes al primer plazo del convenio en su integridad. De esta forma, más que un incumplimiento debía apreciarse un retraso en el pago que no justifica la resolución por incumplimiento al amparo del art. 140 LC.

El motivo debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

5. *Desestimación del único motivo del recurso de casación*. El art. 140 LC legitima a cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte para solicitar del juez la declaración de incumplimiento.

En este caso, fueron tres acreedores los que interesaron la resolución del convenio porque vencido el primer aplazamiento de pago, no se les había pagado la parte de sus créditos que resultaba exigible.

En principio, conforme al art. 140 LC basta el impago de un crédito ya exigible para legitimar la resolución del convenio, previa declaración de incumplimiento, sin perjuicio de que el incumplimiento debe persistir al tiempo de ejercitarse la resolución, porque si lo que existió fue un mero retraso, pero se cumplió antes de interponerse la demanda, el demandante carecería de legitimación para pedir la resolución.

Si partimos de los hechos probados, los créditos de los tres acreedores instantes del concurso estaban pendientes de pago en la parte correspondiente al primer aplazamiento ya vencido, cuando se ejercitó la acción de resolución. El pago posterior por sí sólo no enerva la acción, ni convierte el incumplimiento en mero retraso, máxime cuando han vencido ya otros aplazamientos que no constan pagados, como es el caso.

Costas

6. Desestimado el recurso de casación, procede imponer al recurrente las costas generadas por su recurso.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Re-imagina Restauración, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 5ª) de 9 de octubre de 2012, que conoció del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Zaragoza de 9 de mayo de 2012, con imposición de las costas generadas por el recurso de casación a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.