



Roj: **STS 166/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:166**

Id Cendoj: **28079110012019100057**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2019**

Nº de Recurso: **1154/2016**

Nº de Resolución: **61/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 61/2019**

Fecha de sentencia: 31/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1154/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 1154/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 61/2019**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 31 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de concurso seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona. El recurso fue interpuesto por la entidad MC Ediciones



S.A., representada por el procurador Felipe Juanas Blanco y bajo la dirección letrada de Gabriel Nadal Vallve. Ha sido parte Plácido , que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

"Parte Dispositiva: Acuerdo: Aprobar la propuesta de convenio presentada por la concursada 16/12 MC Ediciones S.A., cuyo contenido se da por reproducido, cesando todos los efectos de la declaración del concurso, sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42. Se da por terminada la fase común del concurso.

"Cesen en su cargo la administración concursal, sin perjuicio de lo previsto en el capítulo II del Título VI; requiérasele para que rinda cuenta de su actuación dentro del plazo de veinte días contado a partir de la notificación de esta resolución.

"Procédase a la apertura de la sección 6.ª".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad MC Ediciones, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, mediante sentencia de 4 de febrero de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por MC Ediciones S.A. contra sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 10 de septiembre de 2014 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, con imposición a la recurrente de las costas del recurso."

### TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Carlos González Recio, en representación de la entidad MC Ediciones S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción del art. 167.1 LC , en relación con el art. 94.2 LC ".

2. Por diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2016, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparece como parte recurrente la entidad MC Ediciones S.A., representada por el procurador Felipe Juanas Blanco. No se ha personado la parte recurrida.

4. Esta sala dictó auto de fecha 27 de junio de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por MC Ediciones SA, contra la sentencia de fecha 4 de febrero de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta), en el rollo de apelación n.º 169/2015 , dimanante de los autos de concurso n.º 16/2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona".

5. Al no solicitarse la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

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

MC Ediciones, S.A. fue declarada en concurso de acreedores el día 18 de enero de 2012.



El 10 de septiembre de 2014, se aprobó un convenio que contenía dos alternativas y cuatro tratos singulares a determinados acreedores.

La alternativa A era una quita del 50% y una espera de 6 años.

La alternativa B era una quita del 95% y una espera de 6 años.

El trato singular 1, para los acreedores con deuda laboral, preveía el pago de sus créditos sin quita y en 6 años.

El trato singular 2, para los acreedores con deuda inferior a 1.000 euros, preveía el pago de sus créditos con una quita del 30% y en 6 años.

El trato singular 3, para acreedores estratégicos que disponen de aval de las personas físicas relacionadas con la concursada, preveía el pago de sus créditos con una quita del 25% y en 6 años.

Y el trato singular 4, para acreedores financieros estratégicos que disponen de aval de las personas físicas relacionadas con la concursada, preveía el pago de sus créditos con una quita del 50% y en 6 años.

**2.** El juzgado mercantil, en la sentencia que aprobó el convenio, dispuso la apertura de la sección de calificación.

Este concreto pronunciamiento de la sentencia fue objeto de apelación por la sociedad concursada, por entender que, conforme a la dicción del art. 167 LC, no se cumplían los presupuestos para la apertura de la sección de calificación, en la medida en que una clase de acreedores obtenía una espera no superior a tres años y otras dos tenían quitas inferiores al 30%.

**3.** La Audiencia desestima el recurso. Entiende que en el caso de propuestas alternativas no puede eludirse la apertura de la sección de calificación cuando una de ellas contempla una espera inferior a tres años y una quita inferior al tercio. De tal forma que basta que cualquiera de las propuestas alternativas contenga un contenido gravoso, para que haya que proceder a la calificación del concurso.

En cuanto a los tratamientos singulares, la Audiencia razona que resulta irrelevante que algunos respondan a la consideración de convenio no gravoso. Siempre y cuando haya una clase de acreedores a los que se exija sacrificios excesivos, debe abrirse la sección de calificación.

**4.** La sentencia de apelación es recurrida en casación por la sociedad concursada, sobre la base de un único motivo.

## **SEGUNDO.** *Recurso de casación*

**1.** *Formulación del motivo*. El motivo denuncia la infracción de las normas que regulan la apertura de la sección sexta de calificación, en concreto el art. 167.1 LC, en relación con el art. 94.2 LC.

En el desarrollo del motivo se expone cuál debería ser la interpretación correcta del art. 167.1 LC: para que no proceda la apertura de la sección sexta, es preciso que el convenio aprobado judicialmente establezca para todos los acreedores, o para una o varias de sus clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años. Esto es, basta con que el contenido aprobado judicialmente establezca para una sola clase de acreedores una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años, para que no proceda la apertura de la sección de calificación. Y esto es lo que ocurre en el presente caso, en que hay dos clases de acreedores a los que se les aplica una quita inferior al tercio del importe de sus créditos.

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

**2.** *Estimación del motivo*. El motivo gira en torno a cuál debería ser la correcta interpretación de los presupuestos legales para la apertura de la sección de calificación en caso de aprobación de un convenio, conforme a la regulación contenida en el art. 167.1 LC.

La sentencia que aprueba el convenio y ordena la apertura de la sección de calificación es de 10 de septiembre de 2014. Resultaba de aplicación la previsión contenida en el apartado 1 del art. 167 LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que modificó la regulación inicial contenida en el originario art. 163 de la Ley 22/2003, de 10 de junio.

Tanto en la regulación originaria como la actual (la posterior a la Ley 38/2011), la regla general es que procede la apertura de la sección de calificación salvo cuando se hubiera aprobado un convenio "poco gravoso" (término empleado por la sentencia de 29/2013, de 12 de febrero) y mientras no se acuerde la apertura de la liquidación como consecuencia de la frustración del convenio. La razón de que no se abra en estos casos la sección de calificación radica en que, en atención al contenido del convenio, se estima que las



consecuencias de la insolvencia del deudor común para sus acreedores no han sido tan gravosas como para que se haga necesario exigir responsabilidades por la generación o agravación de la insolvencia.

En lo que difieren la regulación originaria y la actual es en lo relativo a qué ha de entenderse por convenio "poco gravoso".

En la redacción originaria estaba muy claro, como se puede apreciar de la dicción del art. 163 LC :

"Procederá la formación de la sección de calificación del concurso:

1.º Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.

2.º En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación".

Tal y como estaba redactado, en sentido afirmativo ("procederá la formación de la sección de calificación"), no había duda de que bastaba para ello que el convenio aprobado contuviera una quita superior a un tercio o una espera mayor de tres años, ya fuera para todos los acreedores o para alguna clase. De esta forma, el estándar de convenio "poco gravoso" exigía que para ninguna clase de acreedores se hubiera aprobado una espera superior a tres años o una quita mayor de un tercio.

El problema de interpretación legal que suscita el presente recurso viene provocado por la reforma introducida con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que además de trasladar la regulación de la apertura de la sección de calificación del art. 163 al art. 167.1 de la Ley Concursal, alteró su formulación, pues pasó a estar redactada en sentido negativo:

"1. La formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.

"Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido".

Esta formulación negativa con la misma doble especificación respecto del contenido del convenio aprobado, de una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años, y de que fuera para todos los acreedores o para los de una o varias clases, en la que se emplea una conjunción disyuntiva y no copulativa, cambia el sentido. Da a entender que basta con que la quita sea inferior a un tercio o la espera inferior a tres años, sin que se den las dos a la vez, o que lo fuera para alguna de las clases de acreedores, para que ya no proceda abrir la sección de calificación, y por lo tanto para que estemos ante un convenio "poco gravoso".

3. Una reforma legal posterior, en concreto la introducida por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, aunque no resulte de aplicación, ilustra cómo debe interpretarse el precepto ( párrafo segundo del art. 167.1 LC ).

Frente a una interpretación literal de la norma, que podía suponer una amplia facilidad para eludir la apertura de la sección de calificación, cabía cuestionarse si era esto lo que pretendía la Ley 38/2011, y si no habría sido fruto de un error de redacción no deseado al establecer la excepción de los convenios "no gravosos" a partir de la reseñada formulación negativa. Pero la reforma operada por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, que hubiera permitido corregir esta redacción para aclarar el supuesto equívoco, ha puesto de manifiesto que no existía tal equívoco. Esta última reforma ha mantenido en lo que ahora interesa la formulación negativa de la excepción a la apertura de la sección de calificación en caso de aprobación de un convenio, junto con el uso de la conjunción disyuntiva "o", y se ha limitado a aclarar que dentro de la mención a las clases de acreedores, se incluye también la prevista en el art. 94.2 LC .

Al respecto, es muy significativo lo que afirma la exposición de motivos, que justifica esta modificación por la necesidad de clarificar las dudas interpretativas existentes en torno al término "clases".

En consecuencia, aunque nos parezca que la interpretación literal del precepto puede dar lugar a que se eluda la apertura de la calificación en casos en que el contenido del convenio para la mayoría de los acreedores podría considerarse muy gravoso, la Ley lo ha previsto expresamente así y cuando ha tenido oportunidad de rectificarlo no lo ha hecho.

4. La interpretación del art. 167.1 LC que subyace a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida contradice la interpretación que acabamos de hacer.



Esta claro que en el presente caso ninguna de las dos soluciones alternativas entrarían en el supuesto de hecho de la excepción a la apertura de la calificación, pues la quita en ningún caso es inferior al tercio del importe de los créditos y la espera siempre es superior a tres años.

Pero hay tres casos de tratamiento singular, aprobados por la mayoría de los acreedores afectados por el convenio, no sólo por los acreedores de estas clases con tratamiento singular, que sí se pueden incluir en la excepción legal. Es el caso de los acreedores con deuda laboral, en que no existe quita; también el de los acreedores con deuda inferior a 1.000 euros, a quienes se les aplica una quita del 30%; y el de los acreedores estratégicos que disponen de aval de las personas físicas relacionadas con el concurso, a quienes se les aplica una quita del 25%. Para estas tres clases de acreedores, o no hay quita o es inferior al tercio del importe de sus créditos.

Como no es necesario que junto a una quita de estas características, la espera convenida sea inferior a tres años, ni que este contenido "no gravoso" se aplique a todos los acreedores, pues la norma lo refiere expresamente "para todos los acreedores o para los de una o varias clases", en el presente caso no se cumplía el presupuesto previsto en el art. 167.1 LC para que pudiera abrirse la sección de calificación con la aprobación del convenio.

En consecuencia, procede casar la sentencia y estimar el recurso de apelación interpuesto por la concursada, en el sentido de que se tenga por revocado el pronunciamiento contenido en la sentencia de primera instancia que acuerda la apertura de la sección de calificación.

#### **TERCERO.** Costas

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena de las costas del recurso ( art. 398.2 LEC ).
2. Como la estimación del recurso de casación ha provocado la estimación del recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa condena de las costas de la apelación ( art. 398.2 LEC ).

#### **FALLO**

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

- 1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por MC Ediciones, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 4 de febrero de 2016 (rollo 169/2015), que casamos y dejamos sin efecto.
- 2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por MC Ediciones, S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 10 de septiembre de 2014, en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento por el que se acordaba la apertura de la sección 6ª.
- 3.º No hacer expresa condena de las costas generadas por los recursos de casación y de apelación, con devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

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

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

Así se acuerda y firma.