



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE - SECCIÓN OCTAVA -  
TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNION EUROPEA**

**Apelante/s:** AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA (AEAT), INSTITUTO VALENCIANO DE FINANZAS y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**Procurador/es:**

Letrado/s: ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO GENERALITAT VALENCIA y LETRADO TESORERIA SEGURIDAD SOCIAL

**Apelado/s:** CARLOS PEREZ POMARES, ADMINISTRADOR CONCURSAL DE ELCHE CLUB DE FUTBOL S.A.D., ELCHE CLUB DE FUTBOL S.A.D., INVERSIONES Y ASESORIAS LERVALL LIMITADA, CONSTRUCCIONES METALICAS SAN JOSE S.L.; URBAMAS ARQUITECTOS S.L.; SERVI-CEPED S.L.; INSTALACIONES SANCHEZ MATEOS S.L.; FRANCISCO MANUEL SANCHEZ MATEOS; CONSTRUCCIONES Y MOVIMIENTOS OVISA S.L.; ORICONTROL S.L.; ORIENTING 2008 S.L. y PINTURAS RAFAEL SANCHEZ GIRONA S.L.U.; KUNTA NUCIA S.L.; ELECDEY S.L.; TENAMA INVERSIONES S.L.; NUEVOS RIEGOS EL PROGRESO y JOSE SEPULCRE COVES

Procurador/es : MARIA TERESA HUNGARO FAVIERI, JOSE LUIS CORDOBA ALMELA, PASCUAL MOXICA PRUNEDA y PASCUAL MOXICA PRUNEDA

Letrado/s: CARLES PEREZ POMARES, JESUS MORANT VIDAL, ALFREDO GARZON VICENTE, RAFAEL RAMOS MAESTRE y RAFAEL RAMOS MAESTRE

**ROLLO DE SALA Nº 344 (M-127) 17**

**PROCEDIMIENTO Incidente Concursal 170/17, 171/17 y 172/17**

**-acumulados- de oposición a la aprobación de convenio concursal,**

**Concurso num. 334/15**

**JUZGADO Mercantil nº 3 Alicante**

**SENTENCIA Nº33/19**

Ilmos.

Presidente: D. Enrique García-Chamón Cervera

Magistrado: D. Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado: D. Francisco José Soriano Guzmán

En la ciudad de Alicante, a catorce de enero del año dos mil diecinueve

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos acumulados de incidente concursal sobre oposición a la aprobación de





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

" **Primero.-** Que **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO** las demandas incidentales de oposición a la aprobación judicial del convenio formuladas por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), la AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AÉAT) y el INSTITUTO VALENCIANO DE FINANZAS (I.V.F), así como la adhesión parcial de la Administración concursal. Sin costas.

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

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

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

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

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

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



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

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

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte arriba referenciada; y tras tenerlo por interpuesto, se dio traslado a las demás partes, presentándose los correspondientes escritos de oposición. Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal con fecha 4 de julio de 2017 donde fue formado el Rollo número 344/M-127/2017 en el que se acordó la devolución de los autos para subsanación de falta de traslado de la impugnación de la administración concursal y del depósito de la impugnación.

Reintegrados los autos, y presentado escrito por el IVF de hechos nuevos -descenso del club deudor de categoría en la liga- se le dio el trámite oportuno conforme a lo establecido en el art. 286 LEC, tramitándose simultáneamente el recurso de revisión del Auto del Juzgado de fecha 13 de septiembre de 2017 conforme a lo dispuesto en el art. 197.6 LC, incidente que concluyó con el Auto de este Tribunal de fecha 18 de octubre de 2017, desestimando el recurso de revisión.

Con fecha 19 de diciembre de 2017 se presentó por parte de la entidad deudora escrito de hechos nuevos en relación a la Sentencia dictada por este Tribunal en fecha 1 de diciembre de 2017 sobre calificación del crédito fijado por la Comisión Europea respecto de las ayudas -declaradas ilegales- recibidas por el club deudor, presentándose, tras quedar señalado el Rollo para deliberación, votación y fallo para el día 6 de septiembre de 2018, nuevo escrito de hechos nuevos por el Club deudor relativo al ascenso de categoría en la liga, acordándose finalmente, y tras las decisiones oportunas sobre los escritos presentados, señalar para deliberación, votación y fallo el día 4 de diciembre de 2018.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso,



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Desestima la Sentencia de instancia las demandas de oposición a la aprobación judicial del convenio del Elche CF SAD deducidas por la TGSS, la AEAT y el IVF, pero también la impugnación, con adhesión parcial de la administración concursal a la oposición del convenio, aprobando en consecuencia dicho convenio.

En particular el Tribunal de Instancia, y tras desestimar la excepción de falta de legitimación activa del IVF, rechaza el motivo formulado por la AEAT y el IVF sobre que la falta de mención y previsión en el convenio de la Decisión de la Comisión Europea de recuperación de la Ayuda Estatal, por ilegal, de 4 de julio de 2016, constituya infracción del art. 16.3 del Reglamento UE 2015/1589, de 13 de julio de 2015, argumentando en síntesis que no hay previsión legal, ni concursal ni comunitaria, de incluir en el convenio ninguna disposición sobre el pago por reintegro de la ayuda estatal, tanto más cuando el crédito está reconocido como crédito contra la masa por resolución judicial limitándose la normativa comunitaria a exigir el cumplimiento del reintegro o en su caso, la liquidación del deudor.

Rechaza también la Sentencia el motivo alegado por la TGSS y el IVF sobre la vulneración del art. 100.2 LC por infracción de paridad de trato de los acreedores ordinarios planteado por la inexistencia de propuesta alternativa viable a los acreedores públicos distinta a la propuesta de quita del 65% y la espera de 10 años -con dos años de carencia-, porque, afirma la resolución judicial, se trata de una opción legal que no implica alteración del trato entre acreedores, trayendo a colación la STS de 16 de marzo de 2016 que impone a la administración pública el deber de optar por la alternativa compatible con su propia naturaleza.

Refuta igualmente el motivo planteado por la TGSS y el IVF sobre



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

infracción del art. 101.1 LC por sometimiento de la propuesta de convenio a condición en lo que hace a la propuesta de conversión crediticia en acciones y que sustentan en que la propuesta al acuerdo de ampliación de capital depende de la decisión del IVF, que podrá determinar el sentido del voto de los consejeros que lo son de la Fundación Elche CF con causa acuerdo dado con ocasión de una prenda sobre acciones, porque no se trata de una condición sino de un modo de ejecución previsto en el art. 100.2 LC en relación a los art. 198 y 201 LSC, en modo tal que solo cuando tenga lugar la decisión societaria podrá enjuiciarse la misma no en sede concursal sino societaria.

Y concluye la Sentencia el análisis de los motivos de oposición rechazando la alegación, también formulada por la TGSS y el IVF, de inviabilidad objetiva al considerar que no se prueba dicha inviabilidad, rechazando en particular el planteamiento vinculado al pago o reintegro de la ayuda ilegal.

En desacuerdo con tales conclusiones, formulan recurso de apelación los oponentes a la aprobación del convenio, impugnándola la administración concursal, impugnación cuya inadmisibilidad predica en su oposición a la misma la entidad deudora que alega infracción del art. 461.1 LEC en relación a la doctrina contenida en la STS 127/2014, de 6 de marzo.

Dado que esencialmente sostienen los mismos motivos de oposición que articularon en su día en sus respectivas demandas, los analizaremos siguiendo el orden de análisis contenido en la Sentencia de instancia, si bien, con carácter previo, valoraremos la infracción procesal denunciada en su oposición a la impugnación de la administración concursal por parte del Elche CF.





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

propuesta de convenio condicionada con infracción del art. 101 LC y, en segundo lugar, de ser inviable objetivamente, no dirigiéndose por tanto su impugnación sino frente a pronunciamientos que son favorables al deudor, que no apela la Sentencia.

La estimación de la infracción procesal equivale, en esta fase del procedimiento a causa no de inadmisión de la impugnación sino a su desestimación, que es lo que procede ahora acordar, sin perjuicio de lo que se dirá al examinar la cuestión a la que la impugnación se refiere.

**TERCERO.-** El primer planteamiento -que formulan el IVF y la AEAT- hace referencia a la ausencia de mención en el convenio de la Decisión europea de reintegro de la ayuda estatal de fecha 4 de julio de 2016, que se ha declarado ilegal, alegándose por el IVF incumplimiento de exigencias legales y del contenido de la propuesta de convenio por vulneración de los artículos 99.1, 100.1 y 100.5 LC por falta de indicación de la totalidad de los créditos del deudor como soporte fiable al posible cumplimiento del mismo y de votación en junta de acreedores, y del principio de primacía, y por la AEAT que el convenio aprobado permite la continuación de la actividad sin que sea necesaria una previa recuperación de la ayuda estatal lo que implica, según afirma el recurrente, la infracción del derecho europeo al vulnerar la obligación de recuperación inmediata y efectiva impuesta al Elche CF por la Decisión de la Comisión Europea y en particular del art. 16.3 del Reglamento UE 2015/1589, del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del art. 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en tanto norma que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros la toma de todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos nacionales, incluidas las provisionales, para garantizar el cumplimiento de la obligación de recuperación y eliminación de la distorsión de la competencia que deriva del cumplimiento de la Decisión, así como de los artículos 1, 2 y 3 de la propia Decisión.



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Posición del Tribunal.

Como es conocido, en fecha 4 de julio de 2016, la Comisión Europea dictó una Decisión relativa a la ayuda estatal concedida por España -a la que se señala como destinataria de la Decisión-, entre otros, al Elche Club de Fútbol SAD (Elche CF) -Decisión C(2016) 4060 final de la Comisión, relativa a la ayuda estatal concedida por España a ciertos clubs de fútbol (SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2013/CP)-, publicada en el BOE de 2 de marzo de 2017.

Esta Decisión ha sido adoptada de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) incoado, por lo que hace a la concursada, en relación a los dos avales concedidos a la Fundación Elche el día 17 de febrero de 2011 por el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF), otorgados en garantía dos préstamos bancarios destinados a la financiación de una operación para la adquisición de acciones del Elche CF por parte de la Fundación Elche en el contexto de la decisión de la sociedad deportiva de realizar una ampliación de capital mediante una aportación de capital.

La Comisión Europea, tras considerar que los avales concedidos por el IVF tienen la naturaleza propia de las ayudas estatales -que la propia Comisión cuantifica en 3,688 millones de euros- y que han conferido al Elche CF una ventaja indebida que le ha permitido seguir realizando sus operaciones sin padecer, al contrario de otros competidores con dificultades financieras, las consecuencias negativas derivadas de sus resultados financieros, habiéndose otorgado con infracción de las obligaciones de notificación y suspensión establecidas en el art. 108, apartado 3 del Tratado, concluye que:

Primero, que se trata de una ayuda estatal concedida de manera ilegal, con infracción del art. 108, apartado tercero del Tratado, que es incompatible con el mercado interior.

Segundo, que España deberá proceder a recuperar la ayuda estatal incompatible concedida al Elche CF por importe de 3.688 millones de





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

euros.

Tercero, que esta cantidad devengará interés desde la fecha en que se pusieron a disposición del Elche hasta la de su recuperación.

La administración concursal designada en el concurso del Elche CF consideró que la Decisión de la Comisión confería a la IVF un crédito contra el Elche CF razón por la que incluyó a la IVF en la lista de acreedores por razón de tal crédito, considerando que el crédito de recuperación de la ayuda ilegal era un crédito concursal, y en tanto público, calificable por el art. 91.4 Ley Concursal (LC), atribuyendo en consecuencia la condición de crédito con privilegio general al 50% del importe reclamado -1.844.000 euros-, de concursal ordinario la otra mitad del citado crédito y, a los intereses -computados desde la fecha de la concesión de la ayuda y sólo hasta la fecha de declaración del concurso-, de crédito subordinado -art 59 y 92.3 LC-.

Esta decisión fue impugnada, tanto por el IVF, que entendía que se trataba de crédito contra la masa al amparo de lo dispuesto en el art. 84.2.10º LC, sin que deban aplicarse aquellos preceptos de la legislación concursal que pudieran resultar incompatibles con dicha calificación con arreglo a los principios de primacía y efectividad de derecho europeo sobre el derecho nacional, como por el deudor, el Elche CF, para quien en todo caso se trataría de un crédito concursal contingente, sin cuantía propia, y calificarlo como crédito subordinado por comunicación tardía o, en su defecto, como crédito ordinario en cuanto al principal, sin privilegio del 50%, siempre como contingente y a recuperar conforme a la legislación concursal nacional.

En la instancia se resolvió a favor de la posición del IVF, llegándose a la conclusión de que el crédito en cuestión era un crédito contra la masa del art. 84.2.10º LC.

Apelada esta decisión, se dictó por este Tribunal Sentencia -que está aportada en el Rollo- en la que se resolvió que el crédito derivado de la Decisión de la Comisión era un crédito autónomo, con origen en el





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

*Por consiguiente, ese ordenamiento jurídico impone la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar la ejecución de las decisiones de la Comisión que exigen la recuperación de una ayuda ilegal, respetando al mismo tiempo las particularidades de los diferentes procedimientos previstos a tal fin por los Estados miembros (sentencia Comisión/Eslovaquia, acabada de citar, apartado 52), so pena, en caso contrario, de incurrir en un incumplimiento declarable y sancionable por el Tribunal de Justicia (véanse entre las más recientes y en lo que concierne a España las sentencias de 11 de diciembre de 2012, Comisión/España ( C-610/10 ), y 24 de enero de 2013, Comisión/España ( C-529/09 ))".*

*Es por ello que entendemos que no parece que la mención del crédito en el convenio forme parte de la legalidad del convenio ni desde luego afecte a la realidad y preeminencia del crédito europeo pues, como igualmente decíamos en nuestra Sentencia "el Tribunal de Justicia...ha sostenido que el objetivo de la recuperación consiste en restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda (asunto C-75/97) pues como dice el citado Tribunal en el asunto C-348/93 "el restablecimiento de la situación anterior se logra una vez que el beneficiario devuelve la ayuda ilegal e incompatible, quien pierde así la ventaja de que había disfrutado sobre sus competidores en el mercado, y queda restablecida la situación anterior a la concesión de la ayuda". Y es tan imperativo el reestablecimiento de la competencia que si no es posible la recuperación, entiende la justicia europea que debería procederse a la liquidación de la beneficiaria - STGUE de 21 de octubre de 2014, asunto T-268/13-. Con tales apreciaciones, y dada la situación concursal de la beneficiaria de la ayuda, resulta preciso adoptar las decisiones que garanticen, en base a lo expuesto en relación a la efectividad del derecho europeo antes señalado, el cumplimiento de la recuperación lo que requiere, entiende el Tribunal, no de una calificación del crédito conforme a la legislación concursal sino de definición de su naturaleza para, con ella, integrarlo en el proceso concursal del modo más eficaz posible para la consecución del resultado requerido por la*



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

*Comisión de recuperación inmediata y efectiva de la ayuda ilegal."*

En conclusión, y dado que señalábamos que "*con la calificación concursal del crédito, las medidas adoptadas para la recuperación de la ayuda serían inefectivas*", el motivo debe desestimarse pues no solo no se desconoce la obligación que deben asumir las autoridades jurisdiccionales para el cumplimiento de la obligación derivada de la Decisión -que además, está en suspenso- sino que por razón de los expuesto resulta evidente que en absoluto hay obligación legal de mención del crédito de que se trata en el convenio cuando el mismo está al margen del concurso lo que se afirmó, precisamente, y tomando en consideración toda la doctrina del TJUE que se cita en aquella Sentencia, para hacerlo eficaz e independiente de otros aspectos y circunstancias -pagos, viabilidad- a los que se vincularía de introducirse en el convenio, a salvo que lo que se pretenda sea solo una mención informativa lo que, desde luego, tampoco es aceptable como motivo de oposición desde un punto de vista legal.

El motivo de los recursos de la AEAT y el IVF queda por todo ello desestimado.

**CUARTO.-** El segundo motivo de oposición que analiza la Sentencia y que en su recurso de apelación solo sostiene ante este Tribunal la TGSS, trae causa en la desestimación por el Tribunal *ad quo* de la oposición sustentada en la presunta infracción del principio de paridad de trato en los acreedores ordinarios por vulneración del art. 128.2, párrafo tercero LC, lo que sustenta en el hecho de que a la TGSS se le impone la propuesta alternativa B) del convenio, de quita y espera, sin la opción del art. 102 LC a pesar de contener el convenio propuestas alternativas que sin embargo, sí pueden ser elegidas por el resto de acreedores, siendo así que cuando el convenio contiene alternativas que son sustancialmente desiguales al no haber equivalencia entre las propuestas hay infracción si no hay libertad de elección entre



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

propuestas, como es el caso donde no se da tal equivalencia dado que la que quita y espera es sustancialmente más perjudicial que la de conversión de los créditos en acciones, lo que pone de manifiesto la desproporción del trato dado a unos acreedores respecto de otros.

Posición del Tribunal.

El motivo debe desestimarse.

En efecto, debe desestimarse el motivo formulado por el TGSS sobre infracción del art. 100.2 en relación al principio de paridad de trato de los acreedores ordinarios dado que el párrafo primero del artículo 100.2 de la Ley Concursal establece que la propuesta que se formule puede ofrecer a los acreedores a que hace referencia el art. 89.1 LC, la posibilidad de elegir entre proposiciones alternativas, proposiciones que tanto pueden ser tanto alternativas de quita o espera como alternativas distintas a la quita y espera.

Lo relevante es que la Ley permite que se puedan diseñar otras alternativas diferentes de las que enumera, siempre y cuando no sean contrarias a lo establecido en la Ley como es el caso de los acreedores subordinados respecto de los que se establece un límite al señalar el párrafo segundo del artículo 134.1 LC conforme al cual únicamente pueden escoger entre aquellas propuestas alternativas que establezcan la conversión de sus créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales, o en créditos participativos y no otras que se pudieran presentar distintas de la quita y espera.

Desde este punto de vista formal, la legalidad de la propuesta contenida en el convenio que nos ocupa, no es cuestionable y entendemos que así lo entiende la propia recurrente. Pero tampoco desde un punto de vista sustantivo, pues ley no establece una relación entre propuestas y solo exige que cada una de las propuestas cumpla con la legalidad en sí misma considerada, en modo tal que las propuestas alternativas que se presenten pueden o no tener efectos similares a las demás, por ejemplo, a la quita o a la espera, pero en todo caso dichas alternativas deben



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

cumplir con los límites previstos a tal efecto en el párrafo primero del artículo 100.1 LC.

Por tanto lo que se exige es comprobar si las alternativas que se presentan tienen el referido efecto y, en su caso, si encuentran cabida dentro de las referidas limitaciones. Como es evidente, los efectos de una propuesta de capitalización de créditos puede suponer un convenio de pago del 100% del crédito pero, primero, no es automático tal efecto por razones económicas más que evidente y, segundo, conlleva en todo caso una connatural novación crediticia que en sí mismo modifica la posición inicial al igual del crédito que ocurre con la quita y la espera.

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

Por otro lado, el criterio que pretende introducir el recurrente de equivalencia entre propuestas sería igualmente predicable en cualquier caso lo que, como él mismo acepta, no se desprende de la ley, sin que desde luego haya en el caso visos desde los que vislumbrar un posible acuerdo entre acreedores ordinarios para obtener un convenio fraudulento en los términos del art. 128 LC.

Es por todo ello que debemos rechazar el motivo formulado y confirma también en este punto la Sentencia de instancia.



CSV:

URL de validación:



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

**QUINTO.-** Se cuestiona por los apelantes, TGSS, IVF, pero también por la administración concursal, la legalidad del convenio afirmando que la propuesta de conversión crediticia está vinculada a una condición -consentimiento escrito del IVF conforme al contrato de prenda suscrito- y por tanto infringe el art. 101.1 LC.

En concreto el argumento de la impugnación se sustenta en el contrato de prenda suscrito con fecha 17 de febrero de 2011 entre la Fundación Elche Club de Fútbol -pignorante- y el IVF -acreedor pignoraticio-, contrato en base al cual se constituyó un derecho real de prenda sobre 583.334, equivalentes a una participación del 54,70% del valor nominal actual y que contiene una cláusula, la 4.3.2, que dispone que *"no podrá, sin el previo consentimiento por escrito del Acreedor pignoraticio, ejercitar los derechos de voto inherentes a las Acciones a favor de los acuerdos que resulten en una variación de las características de los Activos Pignorados, en detrimento de la presente Prenda, en una disminución del valor de las Acciones o en una disminución del porcentaje actual de participación del Pignorante en el capital social de la Sociedad"*; cláusula, dice el IVF, que constituye una contragarantía de los avales prestados con el objeto de asegurar las obligaciones del pignorante frente al acreedor que pudieran derivarse de la ejecución de los avales o del incumplimiento del contrato de contragarantías y que supone, respecto de la propuesta de conversión de créditos en acciones del Club, la exigencia de que el necesario acuerdo societario de aumento capital que para el cumplimiento de la propuesta deba llevarse a cabo requiera del consentimiento por escrito del IVF con arreglo a la citada cláusula, lo que constituye, dicen los recurrentes, una vulneración del art. 101.2 LC, que impone que las propuestas de convenio tienen que ser puras sin que la eficacia del convenio pueda estar sometida a condición de clase alguna pues en el caso se supedita la eficacia de la propuesta de conversión a una condición suspensiva al depender la eficacia de la obligación del IVF, lo que no constituye un mero requisito de ejecución del convenio, como entiende la Sentencia de instancia, sino de una verdadera condición de eficacia al hacerse depender la eficacia



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

de un elemento accidental ajeno a la voluntad del propio deudor, dándose en suma las características del art. 1114 CC.

Concluyen los recurrentes afirmando que la exigencia de aprobación del aumento de capital a la decisión del IVF condiciona la aprobación del aumento de capital y por tanto, de la propuesta misma, lo que constituye no condición no dependiente de la voluntad del deudor o de la ley, sino de un tercero, en modo tal que no es condición de cumplimiento del negocio -como afirma la Sentencia- sino de la eficacia, lo que prohíbe la Ley Concursal, impidiendo en estos casos la admisión de la propuesta de convenio, tanto más cuando el IVF ha manifestado su voluntad de oponerse a la ampliación del capital.

Posición del Tribunal.

Como resulta evidenciado del tenor del art. 101 LC y queda expuesto de forma correcta por los apelantes, las propuestas de convenio tienen que ser puras, no permitiéndose que su eficacia pueda quedar mediatizada a condición de clase alguna. La razón de ello se debe, tal y como se ha expuesto reiteradamente por la doctrina, a que la eficacia del convenio requiere de certeza en cuanto a la existencia y exigibilidad de las obligaciones asumidas en el convenio, contemplándose en la ley solo una excepción, a saber, el caso de los concursos conexos en los que sí que se condiciona la eficacia de las propuestas -art. 101.2 LC-.

Ahora bien, si la ley concursal no admite condición, sí admite que el cumplimiento o incumplimiento del convenio se haga depender de eventuales hechos futuros o inciertos.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, esta es la tesis que sostiene la decisión de la Sentencia de instancia cuando afirma que no se trata de una condición sino de un modo de ejecución previsto en el art. 100.2 LC en relación a los art. 198 y 201 LSC y que por ello, solo cuando tenga lugar la decisión societaria podrá enjuiciarse la misma no en sede



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

concurstal sino societaria.

Desde nuestro punto de vista, tal criterio no es en absoluto desacertado.

En efecto, una cosa es que, por regla general, la eficacia del convenio no pueda condicionarse, pero otra muy distinta es que, en relación con las obligaciones asumidas por el concursado (o en relación con algunas de ellas), no pueda admitirse en modo alguno el juego natural de la condición si no afecta a la eficacia misma del convenio. Es el caso, entendemos, de la conversión de créditos.

Y es que en estos casos nada impide la eficacia del convenio pues la propuesta podrá iniciar su trámite conforme a la legislación societaria, sin perjuicio del resultado de la junta de quien depende el acuerdo de ampliación, que probablemente dependa a su vez de un acuerdo parasocietario (del tipo de organización, a la vista de su contenido) que también es legal -el art. 28 de la Ley de Sociedades de Capital -TRLSC- en relación a los arts. 1091 y 1255 del Código Civil- pero que debemos recordar, son pactos no oponibles a la sociedad -art 29 TRLSC- salvo cuando la propia sociedad también ha suscrito el pacto parasocial, todo ello sin desconocer también como cierto que el Tribunal Supremo ha reconocido la oponibilidad cuando la sociedad no puede considerarse, en atención a la realidad de los socios, un tercero ajeno e independiente, para lo que la doctrina jurisprudencial ha acudido a la equiparación del pacto a una Junta Universal -STS 26 de febrero de 1991 y de 10 de febrero de 1992-, a la doctrina del levantamiento del velo -STS 24 de septiembre de 1987- o a los principios generales del derecho civil de buena fe y abuso de derecho -STS 26 de octubre de 1989 y 25 de febrero de 2016-, doctrina que pone de manifiesto claramente que nos encontramos ante una decisión de naturaleza societaria, no concursal, no sencilla de resolver caso de no cumplirse por los socios vinculados el pacto.

Es por ello que sí es relevante recordar que la propia regulación legal de propuesta de conversión crediticia del art. 100.2 LC, contiene la



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

admisión en el convenio de elementos accidentales que, de uno u otro modo, modulan el alcance de lo convenido sin comprometer la eficacia misma de dicho convenio. La correcta distinción entre condición de eficacia del convenio y condición de cumplimiento o incumplimiento del convenio, se recoge -como bien traen a colación los recurrentes- en el Auto de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2010, y tal distinción permite afirmar que no estamos ante una condición que afecte a la eficacia del convenio sino ante hechos futuros e inciertos que pueden incidir en el cumplimiento o incumplimiento de un convenio ya que la decisión sobre ampliación del capital constituye un hecho futuro e incierto que no depende de la sola voluntad de una de las partes, y solo de no alcanzarse el acuerdo, por cualquiera causa, quedará afecto el cumplimiento del convenio, en modo tal que no se hace depender el nacimiento de los efectos del convenio de un acuerdo parasocial sino de una decisión colegiada del deudor conforme a la legislación societaria.

La propuesta es por ello eficaz, pues empezará a surtir efectos y el transcurso del tiempo determinará si, además, puede entenderse o no cumplida en sus previsiones. Lo que no resulta ajustado a la dicción legal es entender que la incertidumbre que puede acompañar al acuerdo de ampliación de capital del que depende la eficacia de una propuesta de convenio, pueda determinarse *a priori* como una condición de eficacia del mismo y justificar, con ello, su rechazo. En este caso se estaría pretendiendo que un convenio se sometiera a un juicio previo, especialmente complejo por lo anteriormente expuesto en tanto depende además de que en efecto se de cumplimiento a un acuerdo entre terceros distintos al deudor o que, no dándose, se pueda imponer por alguna de las vías antes señaladas al deudor.

La LC permite, cuando admite este contenido de conversión de créditos en capital social de la deudora, que el convenio contenga previsiones cuyo éxito o fracaso sea imposible predecir de forma cierta. Pero para poder determinar su cumplimiento o no, la propuesta tiene que haber



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

devenido eficaz y en el caso dicha eficacia no depende de la integración de los acreedores en el capital del deudor sino de que así lo permita la operativa societaria del deudor conforme a la legislación societaria conforme a la previsión contenida en la propia ley concursal.

En efecto, en los casos de conversión de créditos en capital, el cumplimiento del convenio exige que la sociedad acuerde el aumento del capital social en la medida necesaria para la conversión de todos aquellos créditos cuyos titulares hubieran ejercitado la facultad de elección en favor de esa conversión, lo cual tiene una particularidad concursal pues antes de la reforma operada por la RDL 11/2014, de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia concursal, si la sociedad no adoptaba el acuerdo o si los administradores sociales no procedieran a ejecutarlo para hacer efectiva la conversión, cualquier acreedor que hubiera optado por la conversión podía solicitar del juez del concurso la declaración de incumplimiento (Art. 140.1 LC), situación que, precisamente, trata de evitar la reforma dada por aquella norma que ha venido a simplificar los requisitos exigibles para adoptar dichos acuerdos remitiéndose a las mayorías de los Arts. 198 y 201.1 de la Ley de Sociedades de Capital que solo exigen mayoría simple, evitándose así las mayorías reforzadas o cualificadas que podrían ser exigidas en algunos casos, añadiendo además que a los efectos del art. 301.1 de la Ley de Sociedades de Capital que regula el aumento de capital por compensación de créditos, los créditos que se capitalizan se consideran líquidos, vencidos y exigibles, a pesar de que no estuvieran vencidos o el vencimiento solo se produjera tras la apertura de la liquidación concursal tal y como establece el Art. 146 LC.

En conclusión, resultando necesario diferenciar una condición de eficacia del convenio de las estipulaciones del convenio, dependientes en mayor o menor medida de la voluntad de las partes, el criterio interpretativo, en tanto se basa en una prohibición legal en cuanto al contenido de la propuesta de convenio, debe ser restrictivamente interpretado.





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

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

El motivo queda por tanto desestimado.

**SÉXTO.-** Constituye el último planteamiento formulado por los recurrentes -TGSS e IVF- el relativo a la inviabilidad objetiva del convenio.

La TGSS sustenta el motivo en el informe de la administración concursal que, en relación al plan de pagos señalaba que el mismo se basaba en un pasivo y un activo que al cierre del ejercicio 2015-2016 y, en especial tras la incorporación de la Decisión europea de recuperación de ayudas por ilegales, era inviable dado el crecimiento de la deuda.

El IVF, con referencia a la infracción del art. 100.5 LC y alegando error en la valoración de la prueba, plantea como motivo subsidiario, la inviabilidad del plan de pagos y del plan de viabilidad. Señala en concreto que ambos planes carecen de soporte real pues, de un lado, el plan de viabilidad refiere la posibilidad de suscribir acuerdos o convenios con acreedores privilegiados, lo que hace sin incluir al IVF; se refiere a una mejora de la política comercial sin apoyo real y partiendo de una presunta reducción de gastos y costes sin aportar dato objetivo alguno o previsión económica compatible con tales pretensiones, al igual que ocurre con la propuesta de un plan de actuaciones deportivas o el plan



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

integral de gestión de marca, carencias de objetividad que, dice el apelante, no permite afirmar que se cumplirá el convenio.

Añade que es muy clarificador el informe desfavorable de la administración concursal, en especial en lo relativo a la actualización de la tesorería con la inclusión del importe de la decisión europea, lo que da un importe negativo superior a los dos millones de euros, actualización que pone de manifiesto la inviabilidad del convenio al no ser posible el pago de los créditos al carecer de tesorería, no constanding una forma alternativa de financiación pues la inclusión del crédito europeo supone un aumento del pasivo superior al 10% en modo tal que abonado dicho crédito no se podrá cumplir con el convenio, información objetiva, en especial la aportada por la administración concursal que, sin necesidad de la prueba pericial que exige la Sentencia de instancia, pone de relieve dicha imposibilidad.

Es por todo ello, concluye el IVF, que la Sentencia infringe no solo la Ley concursal sino que realiza una valoración de la prueba ilógica que debe ser revocada.

Posición del Tribunal.

Como bien ponen de relieve los proponentes del motivo, tanto la administración concursal como los acreedores que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del 5% de los créditos ordinarios, pueden oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable -art. 128.2 LC-.

Este motivo de impugnación tiene una problemática interpretación, habiendo de hecho señalado la SAP Valencia de 11 de junio de 2010 que dicho motivo viene referido al tratamiento de *"situaciones cercanas a la imposibilidad fáctica de cumplir y no sólo a la mera dificultad en el cumplimiento, por cuanto que la expresión 'objetivamente inviable' requiere una valoración rigurosa de la situación, una constatación muy*





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

*fundada y no una mera impresión o probabilidad incierta de que no pueda llevarse a término lo convenido, ni tampoco la mera intuición o sospecha, afirmándose incluso que inviabilidad ni es dificultad, ni gran dificultad sino imposibilidad, y que además ésta ha de ser objetiva y no referida exclusivamente a las circunstancias o capacidades subjetivas o personales del concursado, sino de cualquier deudor que se encontrara en la misma situación económica", señalando en cuanto a la carga de la prueba de la inviabilidad objetiva que ésta incumbe a la parte que la alega añadiendo, que "no bastará que la parte que promueva el incidente se limite a exponer las razones por las que, a su juicio, el cumplimiento del convenio es inviable, sino que será necesario aportar elementos de prueba tendentes a poner de manifiesto aquella imposibilidad que se predica, incluso mediante la aportación de la correspondiente prueba pericial, cuando proceda", concluyendo que en la apreciación de causa de oposición se ha de tener en cuenta que "su aplicación ha de ser excepcional y de interpretación restrictiva, lo que implica la adecuada constatación probatoria y la necesidad de valoración rigurosa de la situación y constatación fundada sobre la viabilidad/ inviabilidad del cumplimiento del convenio, sin que sea admisibles las meras impresiones subjetivas, las probabilidades inciertas, ni pronósticos o hipótesis aleatorias".*

Pues bien en el caso se aduce que la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio es claramente visible a partir del examen de los planes de pago y de viabilidad atendidas las exposiciones de la administración concursal. Sin embargo dos aspectos hemos de resaltar en el inicio de nuestro razonamiento, a saber. En primer lugar que el análisis de la viabilidad/inviabilidad no tiene porqué quedar constreñida únicamente al contenido de los planes de pago y viabilidad, tanto más cuando éste último no contiene sino un proyecto o hipótesis empresarial que en absoluto puede ser el parámetro desde el que medir la viabilidad del convenio a salvo contenidos claramente absurdos o ilógicos, sino que también han de valorarse otros hechos, a veces externos, que pueden ser en ocasiones tanto más relevantes, como del cambio de





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

categoría en el caso de un equipo de liga como es el caso. En segundo lugar, el criterio de la certeza objetiva mínima.

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

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

Fuera de ello, no hay información alguna en los recursos que permita sostener que la entidad esté abocada a la liquidación, ni por resultar totalmente inviable su proyecto empresarial ni por razón de la imposición de un crédito que no pudiera enfrentar. Lo segundo porque todavía está por obtener firmeza y ser real y efectivo. Lo primero porque los proyectos de política comercial, de gestión social y de marca racional y deportiva no son desechables y pueden hacer viable el convenio sin que se aporte información dato alguno por ninguno de los recurrentes por los que las propuestas del plan de viabilidad no son objetivamente factibles, pretendiéndose en realidad atribuir a través de una simple discrepancia al deudor, la carga de probar la viabilidad de un documento que no contiene un proyecto económico sino una hipótesis económica sobre







ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

desestimado los recursos de apelación y la impugnación formulada por la administración concursal procede, conforme a lo dispuesto en el art. 398 LEC, hacer expresa imposición de las costas a las partes apelantes y al impugnante.

**OCTAVO.-** En cuanto al depósito para recurrir, habiéndose desestimado los recursos de apelación, no cabe decretar sino la pérdida del mismo -DA Décimoquinta nº 8 LOPJ-, al que se le dará el destino previsto en la ley.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

### FALLAMOS

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



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán interponerse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. "D. Enrique García-Chamón Cervera.- D. Luis Antonio Soler Pascual.- D. Francisco José Soriano Guzmán.- Firmado y Rubricado."

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados. De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un DEPOSITO por importe de 50 € por cada recurso; que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banco Santander nº Expediente 2276/0000/06/0344/17 en el caso de recurso de casación, y en el caso de recurso extraordinario por infracción procesal: nº





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

Expediente 2276/0000/04/0344/17, indicando en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA



GENERALITAT  
DE CATALUNYA