AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ
SECCIÓN QUINTA

SENTENCIA Nº697/2018

Presidente Ilmo. Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos. Sres.:

Don Ángel Sanabria Parejo

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz

Sección Quinta del Concurso de Acreedores número 763/2009

Incidente Concursal número 1112/2014

Rollo de Apelación número 372/2016

En la Ciudad de Cádiz, a trece de diciembre de dos mil dieciocho

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial, los autos de Incidente Concursal número 1112/2014, tramitados en la Sección Quinta del Concurso seguido con el número 763 de 2009, sobre INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO, procedentes del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz, seguidos a instancia de la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (LNF), representada por el Procurador de los Tribunales Don Santiago García Guillén y defendido por la Letrada Doña Lourdes Romero Zuaga, frente a la concursada XEREZ CLUB DEPORTIVO, S.A.D., representada en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña María Fernández

Roche y defendida por la Letrada Doña Celia Cerrudo Gavilán; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la concursada XEREZ CLUB DEPORTIVO, S.A.D., contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz dictó Sentencia de fecha 4 de junio de 2015, en los autos de Incidente Concursal número 1112/2014, tramitados en la Sección Quinta del Concurso seguido con el número 763 de 2009, del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: *"FALLO: Estimando íntegramente la demanda incidental interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Santiago García Guillén, acuerdo :*

_ Se declara incumplido el convenio de acreedores aprobado por sentencia de fecha 29 de Junio de 2012, dictada en el marco del concurso voluntario 763/2009, al haberse incumplido por la entidad Xerez Club Deportivo S.A.D. as medidas limitativas y prohibitivas acordadas conforme al artículo 137 de la Ley Concursal.

_ Se declara la rescisión del referido convenio, así como la desaparición de los efectos del convenio de conformidad con el artículo 136 de la Ley Concursal.

_ Se apertura la fase de liquidación del presente concurso.

Se imponen las costas de éste incidente a la entidad demandada.

Procédase a dar publicidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal.

La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley.

Se ordena la formación de una pieza separada en la sección de calificación que se halle abierta de conformidad con el artículo 167.2 de la Ley Concursal.

Se repone en el cargo a los administradores concursales nombrados.”.

Dicha Sentencia fue aclarada por Auto de 6 de julio de 2015 en el sentido de rectificar el nombre de la Procuradora de los Tribunales, Doña María Fernández Roche, que actúa en representación de la entidad concursada.

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, la representación procesal de la concursada XEREZ CLUB DEPORTIVO, S.A.D., el cual fue admitido a trámite, y su fundamentación impugnada de contrario por la actora, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse admitido la prueba propuesta y al no estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 12 de noviembre de 2018, quedaron las actuaciones conclusas para Sentencia.

Durante la sustanciación del recurso, se interpuso por la concursada recurso de revisión frente a la denegación en instancia de la suspensión de los efectos de la sentencia apelada, en cuanto a la apertura de la fase de liquidación, si bien, antes de resolver sobre dicho recurso, la concursada presentó escrito manifestando la pérdida de interés legítimo en obtener dicha suspensión, al haber sido estimado un recurso de reposición interpuesto por dicha parte, acordado dejar sin efecto el requerimiento de presentación del plan de liquidación y de la apertura de la fase de liquidación, siendo proveído dicha petición en el sentido interesado.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en apelación la concursada frente a la Sentencia que declara incumplido el convenio a instancia de la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (LNF), en aplicación del art. 137 LC, invocando los siguientes motivos de recurso:

1º Nulidad de la sentencia y del proceso incidental por infracción de los artículos 225.3º y 227 LEC, en relación con los artículos 194.3 LC y 153,166 y siguientes LEC y artículo 24 CE y artículo 238.3 LOPJ y jurisprudencia sobre las garantías del procedimiento de las comunicaciones procesales, con indefensión. Se basa este motivo de recurso en el hecho de que al mismo tiempo en que se emplazó a la concursada demandada, hubo de emplazarse a las partes personadas para que alegaran lo que a su derecho conviniere, puesto que del resultado del incidente pueden ver afectados sus derechos y sus créditos, sin que ninguno de los acreedores personados en el concurso haya tenido conocimiento del incidente, porque no han sido emplazados por el Juzgado de la demanda incidental presentada, no habiendo podido realizar alegaciones tendentes a oponerse al incumplimiento del convenio alegado por la parte actora y a la rescisión del mismo, desconociendo, a mayor abundamiento, si la Comisión de Control y Seguimiento ha puesto en conocimiento e informado al resto de acreedores ni de las reuniones mantenidas, ni del resultado de las mismas, ni de las acciones legales interpuestas y de su resultado, reconociendo la Ley Concursal a cualquier acreedor y a quien acredite interés legítimo, no sólo la facultad de personarse, sino también la de ser parte, con las consecuencias que ello conlleva y, en la providencia de fecha 10 de septiembre de 2014, tras admitir a trámite la demanda incidental interpuesta por la Liga de Fútbol Profesional, emplazó únicamente a la concursada para que la contestara por 10 días, no constando que se hiciera lo propio con el resto de partes personadas.

2º Infracción de normas sustantivas e indebida aplicación del artículo 137.1 y 2 LC. Se alega en este motivo de recurso que el convenio ha sido rescindido por un supuesto incumplimiento del número cinco del apartado IV Clausulas del convenio, denominado "Control y seguimiento del cumplimiento del Convenio" estimando indebidamente aplicado el artículo 137 LC, ya que dicha cláusula no afecta a las facultades patrimoniales de la concursada, que quedaron intactas con la creación de dicha Comisión, cuyas únicas funciones eran de vigilancia, seguimiento y consultivas, ya que, si las partes hubieran querido que las facultades de la concursada estuvieran limitadas o se refiriera a prohibiciones

de hacer, se hubiera hecho así constar expresamente, sin que nada se expresara en el acta de constitución de dicha Comisión de fecha 26 de julio de 2012, quedando claramente circunscrita sus funciones a estar enterada de la marcha de la entidad, sin que se le haya dotado a la Comisión de capacidad de obrar ni de decidir, teniendo la concursada plena capacidad de obrar y de realizar actos por sí sola, sin necesitar acuerdo previo por parte de la Comisión, ni de ninguno otra posterior que lo ratifique y apruebe y, más allá de la obligación de reunirse periódicamente y dar cuenta de la actividad, a la concursada no se le había impuesto ninguna otra condición, resultando sorprendente que si la LFP y la AFE que son componentes de la Comisión y a su vez actoras, hubieran entendido que las facultades eran limitativas o prohibitivas, hayan tardado tanto en plantear dicho incidente e, incluso, la LFP se dirigió al Juzgado de lo Mercantil manifestando expresamente que la concursada estaba sujeta a la serie de obligaciones de información, reconociendo por tanto que la única obligación de la concursada es informativa, habiendo sido siempre lo denunciado por los acreedores un incumplimiento por falta de información y no un incumplimiento de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de la concursada, como se colige del propio nombre dado la Comisión creada de Control y Seguimiento o, incluso, como se denomina en algunas actas, "de control de seguimiento".

3º Infracción de normas sustantivas e indebida aplicación del artículo 140 LC, como motivo alternativo al anterior, ya que la declaración de incumplimiento de la totalidad del convenio, alcanzada por la sentencia recurrida, resulta excesivamente desproporcionada, rígida y drástica, a la vista de lo actuado por la concursada, no pudiéndose estimar que haya existido tal incumplimiento del convenio con la entidad suficiente, capaz de provocar su rescisión, con las consecuencias posteriores que dicha declaración alcanza, pues queda constancia en los autos de que la Comisión de Control y Seguimiento se constituye el 26 de julio de 2012, en la que uno de sus miembros, el de AFE excusa su asistencia y, en contra de lo que se recoge en la sentencia recurrida, y como así se reconoce por la actora en su demanda, se llevan a cabo sucesivas reuniones en las que se analiza la situación de la concursada, como son el 25 de septiembre de 2012, el 30 de octubre de 2012, 4 de abril de 2013 y 2 de junio de 2013 y, con posterioridad a esta reunión, se produce un paréntesis en la celebración de las mismas, lo que no supone ni falta de conocimiento ni de información de la marcha de la entidad ni perjuicio alguno acreditado, sin que yo responda a un capricho de la Directiva del club, ya que, uno de los redactores y asesores del convenio fue Don Javier Tebas, que por

aquellas fechas era Letrado del la concursada, y, sorpresivamente, dicha entidad deportiva tiene conocimiento de que dicho Letrado ha sido nombrado Presidente de la Liga de Fútbol Profesional en el mes de abril de 2013, lo que con anterioridad ya se gestaba, pese a tener encomendado el cargo de Letrado de la apelante, haber participado en la elaboración del convenio y haber presentado la demanda de concurso voluntario, renunciando a continuar como Letrado de la concursada, nombrando a un miembro de su despacho, situación que va creando numerosas desavenencias entre la concursada y su Letrado, ahora presidente de la LFP y miembro de la Comisión de Seguimiento y acreedor del concurso y, por tanto, de sobra conocedor tanto de la marcha de la entidad como de cualquier situación que dentro de ésta se producía, por cuanto el Letrado había ocupado el cargo del anterior era del mismo despacho. Se añade que, con posterioridad a la última reunión celebrada por la Comisión de 12 de junio de 2013, se iniciaron por parte de la LFP, encabezada por su presidente Sr. Tebas, actuaciones tendentes a liquidar a la concursada tanto por parte de dicha entidad como de la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE), promoviendo en julio de 2013 un expediente sancionador ante la Federación Española de Fútbol por un presunto impago a jugadores, lo que es causa del descenso de categoría de la entidad a la Tercera División, habiendo interpuesto la concursada los oportunos recursos administrativos, habiéndose suscitado la cuestión de competencia entre la Sala de Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número uno, discutiéndose en el mismo recurso contencioso un millón y medio de euros aproximadamente que existía en un fondo para hacer frente al pago de jugadores, provenientes de los derechos de televisión, cuyo destino se desconoce, habiendo supuesto el descenso a tercera categoría un grave perjuicio sorpresivo para la concursada, a lo que se une la ayuda o subvención que la entidad concursada debería haber recibido por el descenso y que la LNFP no ha hecho efectivo. Asimismo por parte del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, pese a ser deudor de la concursada en 2 millones de euros, se decidió unilateralmente, prohibir el uso del Estadio Municipal Chapín a la concursada, a pesar de la existencia de convenios entre ambos no resueltos, con las consecuencias negativas para la entidad que se vio abocada a jugar partidos en campos de inferior categoría de las poblaciones aledañas; siendo en dichas circunstancias en las que la concursada se vio imposibilitada a convocar nuevas reuniones por las sospechas que le producían que estas acciones fueran llevadas a cabo por quienes siendo acreedores del concurso y entendiendo que estaban interesados en que el convenio se llevara a término y se

facilitara el camino la concursada, para cobrar sus créditos, eran los mismos que estaba hundiendo al club, no permitiendo generar ingresos futuros ni obtener los previstos, lo que les abocaría a la liquidación, por lo que resulta absolutamente difícil de sostener que los miembros de la Comisión de Seguimiento y Control, LFP y AFE, tuvieran realmente interés en la convocatoria de las reuniones con el fin para el que fueron creadas, en primer lugar, porque conocían de primera mano cuál era la situación real y económica de la entidad deportiva y, en segundo lugar, porque las relaciones personales entre los integrantes de las mismas desaparecieron hasta el punto de que la hoy apelante se querelló contra el Sr. Tebas Medrano, siendo la única finalidad perseguida por los miembros de la Comisión, la desaparición real y efectiva de la concursada, mediante la liquidación anticipada sin esperar al incumplimiento auténtico del plan de pago pactado, circunstancias que prueban y amparan la ausencia durante ese lapso de tiempo de la celebración de comisiones de control y seguimiento, pues su finalidad quedaba empañada por la real que se ocultaba detrás de dichas actuaciones por parte de sus propios miembros, y no obedecía a una voluntad obstaculizadora de proveer de la oportuna información de la situación del club a los miembros de la misma, llegando la rivalidad dentro de la propia localidad jerezana a su culmen cuando también a mediados de 2013, se creó incluso un equipo de fútbol, bajo la denominación "Xerez Deportivo F.C:", que pasó a sustituir en muchos aspectos a la concursada, por ejemplo, permitiéndosele jugar sus partidos semanales en el estadio municipal y vistiendo la misma ropa deportiva, siendo prácticamente coincidentes el escudo de ambos. No obstante y, pese a dichas dificultades económicas, no se puede decir que la concursada incumpliera el plan de pagos pactado, parte esencial del convenio, que contiene un grueso importante de medidas, en aras a salvar al concursado de una liquidación en la que ahora se ve inmerso de manera injusta, habiéndose establecido un plan de pagos para satisfacer los créditos en seis pagos anuales tras un primer año de carencia, habiéndose previsto que en caso de descenso de categoría a Segunda División B, una o varias temporadas, las obligaciones de pago quedarían suspendidas durante dichas temporadas, suspensión que sólo podría aplicarse un máximo de tres años, por lo que conforme al calendario fijado y, habiendo descendido de categoría, el primer pago a que ha de hacer frente la concursada es en junio de 2017, como se refleja en la última acta de celebración de la Comisión de fecha 23 de marzo de 2015, si bien, es lógico y acorde a derecho esperar a que la concursada llegado el plazo incumpla con el plan de pagos acordado y sean los

acreedores afectados los que soliciten la liquidación o bien la propia concursada a sabiendas de que no puede hacer frente a ellos, resultando difícil acertar el beneficio que obtiene la demandante con la demanda incidental, ya que, no siendo el suyo un crédito de los privilegiados, con esta solución nunca verá cobrado su crédito, entendiendo que la misma perjudica al resto de acreedores; si bien, no nos encontramos en ninguno de estos dos casos, por una parte, no ha llegado el plazo (en el momento del recurso) para hacer frente al primero de los pagos y, por otra, porque es el propio concursado el interesado en sacar adelante el Club e ir saneándolo paulatinamente. Asimismo se alega que como colofón a la situación de enemistad de procedimientos penales abiertos, la anterior Directiva de la concursada abandonó la Dirección a mediados de 2013, asumiéndole desde dicha fecha Don Ricardo García Sánchez como Presidente y, Don Juan Bastos Vela como vicepresidente, cargos que han asumido, relevando a los anteriores, como Presidencia de la Comisión de Seguimiento y Control del Convenio, según el acta 23 de marzo de 2015 y, esta Directiva, junto con la Federación de Peñas y un gran número de socios y aficionados, están intentando llevar a la concursada a posiciones anteriores al concurso, además de llevarse a cabo otras medidas como el concierto con una entidad aseguradora que regala bonos para socios por la contratación de pólizas de seguro, acuerdo con la Agencia Tributaria que les permite el fraccionamiento y aplazamiento de la deuda contraída, inicio de acciones tendentes a cobrar la deuda con el Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, pagos que la LFP le adeuda por el descenso de categoría, derechos televisivos con MediaPro, la vuelta a la competición desde el 1 de septiembre de 2015 en el campo municipal de Chapín de Jerez de la frontera, todo lo cual está conllevado el aumento de la recaudación de taquilla además de mayor promoción y reconocimiento social, a lo que se añaden los derechos de créditos que el apelante mantiene hasta finales de 2012 por importe de 3 millones de euros y que actualmente han aumentado a 5.400.000 €, de los que la concursada no ha obtenido cantidad alguna, con los que podrá hacer frente al pago de sus créditos, además de que desde que entrara la nueva Directiva no se ha generado deuda alguna y, prueba de lo anterior, que debía satisfacer el interés de los miembros de la Comisión, es la convocatoria por parte de la nueva Directiva de la entidad a una nueva reunión, a fin de retomar las buenas relaciones entre las partes y el buen fin del convenio, celebrada el 23 de marzo de 2015, a la que siguió otra de 25 de julio de 2015; estimando que dichas reuniones vienen a subsanar los defectos u omisiones en que se hubiera podido incurrir tiempo atrás, ocasionados por los motivos

expuestos, y que las mismas deberían poner fin a este incidente, puesto que el mismo no ha venido dado por ningún tipo de incumplimiento de ninguna parte esencial del convenio que haya perjudicado a los acreedores, sin que la omisión puntual de la convocatoria a reuniones de la Comisión pueda calificarse como defecto, ni siquiera incumplimiento, puesto que no pueda alcanzar tal categoría tan amplia de un convenio con medidas más importantes, siendo que lo que se dice incumplido de contrario es una parte accesoria del convenio no esencial, como se deduce del artículo 100 LC, resultando desproporcionado y contrario al espíritu tanto del propio convenio como de la Ley Concursal, que una mera falta de reunión o incluso falta información, dé lugar a esta consecuencia y proceder a la liquidación de la entidad, no habiendo esperado ni siquiera al momento inicial pactado de pago de la deuda. Se añade que la previsibilidad de que el plan pueda o no llevarse a cabo, aunque no es el fondo del asunto, es una causa del todo indeterminada, ya que no existe ninguna delimitación de su significado ni parámetro alguno legal que nos diga cuándo el cumplimiento es viable o no, por lo que el casuismo es inevitable, sin que resulten suficientes las meras imprecisiones o probabilidad inciertas de que el convenio no pueda llevarse a efecto según lo convenido, siendo numerosas las sentencias que estiman que la cuestión relativa al incumplimiento del convenio ha de ser valorada con rigor y restrictivamente, debiendo valorarse para resolver sobre el incumplimiento, el principio de conservación de la empresa.

4º Infracción de normas procesales por indebida aplicación del art. 394.1 LEC, interesando se revoque la imposición de costas a la concursada, por apreciar dudas de hecho y derecho, caso de no prosperar los anteriores motivos de recurso, tesis que se pretende extender a esta alzada.

SEGUNDO.- En el primer motivo de recurso se plantea la pretensión de nulidad de actuaciones por no haberse dado traslado de la demanda a las demás partes personadas que pudieran estar interesadas en el resultado del incidente, en cuanto se pretende la declaración de incumplimiento del convenio y consiguiente apertura de la liquidación, lo que podría afectar a sus créditos, en el caso de los acreedores. Preceptúa el art. 238 LOPJ que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley o con infracción de los principios de asistencia, audiencia y defensa, siempre que efectivamente se haya causado indefensión. **Conforme al art. 240 LOPJ, l**a nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de

forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, por lo que resulta procedente su invocación en el recurso de apelación. **Es necesario que se** haya podido producir indefensión, y ésta sea efectiva, esto es, cuando la vulneración de la norma lleve consigo consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella (sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de abril y 27 de mayo de 1986, entre otras muchas). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la indefensión determinante de nulidad, declarando en Sentencias de 1 de octubre de 1990 y 21 de mayo de 1986, que no cabe invocarla cuando la razón de la misma se debe de manera relevante a la inactividad o negligencia por falta de la diligencia procesal exigible, o se genera por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de la parte. Y más recientemente, la STC de 18 de julio de 2011 señala: "Este Tribunal ha reiterado, en relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), por un lado, que la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales; y, por otro, que para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.1 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (por todas, STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3)".

Conforme al artículo 137.1 LC, aplicado en la instancia, la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor. Dicho precepto ha de ser relacionado en cuanto a la tramitación con el artículo 140 LC, relativo a la declaración de incumplimiento del convenio, cuyo apartado 2 se refiere al cauce procesal, al establecer que la solicitud se tramitará por el cauce del incidente concursal, lo que a su vez nos remite a los arts. 192 y ss que regulan el

incidente concursal y, más concretamente, por lo que interesa a este motivo de recurso, al artículo 193 LC, referido a las partes en el incidente, que establece en sus dos primeros apartados:

" 1. En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.

2. Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria."

En el presente caso, la demanda se dirigió frente a la concursada. En la providencia de 10 de septiembre de 2014 se acuerda emplazar a dicha entidad. Si bien es cierto que conforme al apartado 2 del artículo 193 LC, cualquier persona comparecida en forma en el concurso podría intervenir en este incidente concursal coadyuvando a cualquiera de las partes, estimamos que en modo alguno se ha producido infracción procesal determinante de indefensión, por cuanto en la citada providencia consta que se acuerda en su apartado cuatro, formar pieza separada para la sustanciación del incidente, "dejando nota de su formación en los autos principales de la Sección Principal", lo que habrá posibilitado que los acreedores y demás partes que pudieran ostentar un interés legítimo, hayan tenido conocimiento de la presentación de la demanda incidental, pudiendo haberse personado como coadyuvantes si a su derecho conviniera. Por otra parte, en modo alguno se ocasiona indefensión a la parte apelante que invoca la nulidad actuaciones, porque la misma ha sido emplazada, habiéndose opuesto a la demanda e incluso habiendo interpuesto recurso apelación. Por todo ello, este motivo de recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo de recurso, ya de fondo, se plantea la infracción del artículo 137 LC, por estimar en síntesis la concursada, en los términos en que ha quedado expuesto en el primer fundamento de derecho, que no resultaba procedente en este caso la aplicación del mismo, porque no puede considerarse que con la constitución de la Comisión de Control y Seguimiento de cumplimiento del convenio, se estuvieran acordando medidas limitativas o prohibitivas de las facultades de administración y disposición del deudor, por lo

que la falta de convocatoria de las reuniones de la Comisión, en modo alguno podría considerarse como incumplimiento del convenio por virtud de dicho precepto.

El citado artículo 137 LC, bajo la rúbrica " Facultades patrimoniales del concursado convenido" preceptúa:

"1. El convenio podrá establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del juez por cualquier acreedor.

2. Las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite."

La cuestión nuclear para resolver este motivo de recurso radica en determinar, en primer lugar, si en el convenio se establecieron "medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor" y, en su caso, si a la Comisión de Control y Seguimiento prevista en el mismo, se le atribuyeron facultades de suplir dichas limitaciones. Para ello, debemos partir del tenor literal de la cláusula del convenio en el que se dispone la creación de dicha Comisión, que es del siguiente tenor:

"Se creará una Comisión de Control y Seguimiento del cumplimiento del convenio integrada por un representante de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, un representante del Xerez Club Deportivo S.A.D. y un acreedor designado al efecto por la mayoría en la Junta de aprobación del convenio.

La concursada deberá facilitar a la comisión una relación de todos aquellos acreedores que hayan omitido la comunicación de los datos bancarios a los se ha hecho referencia.

Dicha comisión tendrá las siguientes facultades :

1. Controlar y efectuar el seguimiento del cumplimiento del Convenio, a cuyo fin, el Xerez Club Deportivo S.A.D. facilitará antes del día 15 de Julio de cada año, un plan de tesorería mensual, e informará mensualmente sobre su cumplimiento o desviaciones.
2. Ser informada de todas las operaciones de venta y compra de activos, y de las operaciones ordinarias que excedan de 500.000 euros.
3. Reunirse trimestralmente, conjuntamente con el gerente del Xerez Club Deportivo S.A.D. , para supervisar la marcha de la sociedad y el cumplimiento del Plan de Viabilidad.
4. Supervisar la compra y venta de los derechos federativos de jugadores de fútbol profesional."

A pesar de que la aprobación del convenio, de conformidad con el artículo 133 LC, supone el cese de los efectos de la declaración de concurso y, entre ellos, el cese de las limitaciones patrimoniales que la declaración de concurso conllevó de conformidad con el artículo 40 LC, el artículo 137 LC permite que en el convenio pueda, no obstante lo anterior, acordarse algún tipo de medidas prohibitivas o limitativas de las facultades patrimoniales, recayendo como sanción de su infracción (si así se solicita), una solución análoga a la del artículo 140 LC, comportando la declaración de incumplimiento del convenio.

El citado artículo 137 LC se limita a señalar la posibilidad de que en el convenio se establezcan medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor. Ante la ausencia de una definición legal en dicho precepto en cuanto a lo que debe entenderse por limitación de las facultades patrimoniales del deudor, el mismo ha de ser integrado con el artículo 40 LC, que como hemos reseñado, se refiere a las limitaciones de dichas facultades que pueden ser acordadas como consecuencia de la declaración de concurso. Y así, dicho precepto en su apartado 1, prevé, que en caso de concurso voluntario, el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Y conforme a su apartado 2, en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales. En el primero de los apartados, se establecen limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor, quedando las mismas intervenidas, de forma que resulta

necesario la autorización o conformidad de la administración concursal para dichos actos de administración y disposición; mientras que en el apartado segundo, se establecen prohibiciones respecto de dichas facultades, al ser sustituidos en este régimen de suspensión de dichas facultades, por la administración concursal. Y, por virtud del apartado tres del precepto, cabría acordar un régimen de suspensión en caso de concurso voluntario y de mera intervención en el caso de concurso necesario, siempre motivando el acuerdo, señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener. Por otra parte, estas medidas limitativas y prohibitivas de las facultades patrimoniales del concursado previstas en el artículo 40 apartados uno y dos de la Ley Concursal, se completan con lo dispuesto en el apartado 6 del mismo precepto que establece que, "(l)a intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso".

Estimamos que la definición de las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor a que se refiere el artículo 137 LC, coincide con las limitaciones previstas en el artículo 40 LC, sin perjuicio de la casuística que pueda establecerse vía convenio, ya que no tiene que imponerse necesariamente una limitación o prohibición total de dichas facultades, pudiendo tener una menor extensión, esto es, no imponerse sobre las facultades de administración y disposición de todos los bienes, pudiendo consistir en la necesidad de autorización o conformidad de un órgano determinado, o bien, en privar de determinadas facultades al deudor convenido. Por otra parte, de afectar dichas medidas limitativas y prohibitivas a bienes inscritos en registros públicos, de conformidad con el apartado 2 del artículo 137, dichas medidas podrán hacerse constar en dichos registros públicos.

El art. 137 LC ha sido objeto de una aplicación prácticamente nula por los Tribunales, ya que los incumplimientos de convenio suelen plantearse por la vía del art. 140 LC, aunque algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), se han ocupado de los efectos registrales de la inscripción de las medidas que prevé su apartado 2. En la RDGRN de 27 de febrero de 2012 se recoge sobre el art. 137 LC: "Las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y de disposición del deudor establecidas en el convenio no tienen la consideración de efectos de la

declaración de concurso, sino de efectos del convenio . En consecuencia, la infracción de esas medidas no quedará sometida a la sanción establecida para la infracción de la Intervención o de la suspensión (a la anulabilidad prevista por el art. 40.7 LC), sino, por un lado, a la que supone la declaración de incumplimiento del convenio (art. 137.1 LC), que lleva aparejada la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.5.º LC), con la consiguiente suspensión del deudor en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer (art. 145.1 LC), y la calificación del concurso como culpable (art. 164.2.3.º LC); y, por otro, a la posibilidad de ejercitar la acción de reintegración de la masa (art. 137.2 LC).

No vale la pena discutir ahora sobre si dichas medidas constituyen verdaderas prohibiciones de disponer y de administrar o de hacerlo sin cumplir ciertas condiciones (p. ej., la autorización del acto por un determinado sujeto), o si, por el contrarío, no son más que meras obligaciones cuyo incumplimiento no repercute en la eficacia de los actos contrarios, cuestión que tampoco es disociable de la naturaleza de la posible acción de reintegración, en el sentido de quedar exenta o no de la demostración del perjuicio en función del tipo de acto de que se trate (como sucede en el caso del art. 71 LC con los actos realizados antes de la declaración de concurso).

Supuesto lo anterior, la finalidad de la publicidad de estas medidas es posibilitar a los terceros el conocimiento de las prohibiciones o limitaciones que afectan al deudor concursado y que pueden provocar la ineficacia de los actos realizados con el mismo. Ahora bien, que tales medidas sean inscribibles o anotables en los registros públicos (inscribibles, según la consulta de la Comisión Nacional de criterios de calificación del CRPMBME), no quiere decir que la inscripción sea necesaria para la validez o existencia de las mismas. Esas medidas producirán sus efectos desde la eficacia del convenio , aunque al tratarse de medidas inscribibles, por aplicación de las reglas civiles y registrales, si no se inscriben, tampoco perjudicarán a terceros de buena fe (v. arts. 606 CC y 13, 32, 37, etc. LH). También el artículo 137.2 LC parece presuponerlo así cuando señala que, tras la inscripción, perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración que se ejercite. Consiguientemente, antes de su inscripción, las medidas limitativas o prohibitivas no perjudican a los que se conviertan en titulares registrales que hubieran actuado de buena fe."

En el presente caso, no consta que se efectuara inscripción alguna respecto de las facultades atribuidas a la Comisión.

Podemos concluir a la vista de lo expuesto, que con estas medidas limitativas o prohibitivas del art. 137 LC, se pretende asegurar el cumplimiento por el concursado convenido de las obligaciones que ha asumido en el convenio, ya que la aprobación del convenio no supone la conclusión del concurso y, por ende, la satisfacción de los acreedores, que tendrá lugar, cuando se declare el cumplimiento del convenio (art. 176.1.2º LC).

Por otra parte, resulta relativamente frecuente pactar en los convenios de acreedores la creación de comisiones de seguimiento o vigilancia del cumplimiento del convenio como garantía para los acreedores, que pueden formar parte de la misma. Se trata de analizar si, teniendo en cuenta el contenido de la cláusula que crea la Comisión de Control y Seguimiento del cumplimiento del Convenio y las facultades que se le atribuyen, podemos considerar que fue sometido el deudor convenido a limitaciones o prohibiciones de sus facultades patrimoniales, que habrían de ser integradas o suplidas por dicha Comisión.

Las facultades que se atribuyen a dicha Comisión comprenden, (i) el seguimiento del cumplimiento del Convenio, a cuyo fin, el Xerez Club Deportivo S.A.D. facilitará antes del día 15 de Julio de cada año, un plan de tesorería mensual, e informará mensualmente sobre su cumplimiento o desviaciones; (ii) la información de todas las operaciones de venta y compra de activos, y de las operaciones ordinarias que excedan de 500.000 euros; (iii) la reunión trimestral, conjuntamente con el gerente del Xerez Club Deportivo S.A.D. , para la supervisión de la marcha de la sociedad y el cumplimiento del Plan de Viabilidad; (iv) la supervisión de la compra y venta de los derechos federativos de jugadores de fútbol profesional.

En la fundamentación jurídica de la sentencia apelada se exponen previamente los siguientes antecedentes fácticos:

- Que en sesión de fecha 26 de Julio de 2012, se constituyó la Comisión de Control, acordándose que correspondería al representante del Xerez Club Deportivo S.A.D., la convocatoria trimestral de la referida comisión (documento 3 de la demanda).
- Que de la documental número 5 a 16 del escrito de demanda incidental, se deducen los siguientes extremos :

a) La Comisión de Control se reunió el 12 de Junio de 2013, no produciéndose reuniones posteriores durante más de un año.
b) El representante del Xerez Club Deportivo S.A.D. no procedió a convocar reuniones posteriores trimestrales, siendo convocadas las subsiguientes por el resto de miembros de la comisión.
c) Se suspendieron las reuniones de 15 de Octubre de 2013 y de 25 de Octubre de 2013, ante la falta de colaboración de la entidad Xerez Club Deportivo S.A.D., así como la de 26 de Febrero de 2014.
- De la documental número 17 y número 5 se infiere que la entidad Xerez Club Deportivo S.A.D. presentaba la siguiente situación económica: (i) Déficit de tesorería previsto para la temporada 2012/2013 de 700.000 euros; (ii) Déficit de generación de recursos de 117.000 euros; (iii) Déficit de tesorería al cierre de la temporada 2012/2013 de 2.000.000 de euros.
- De la documental número 1 acompañada al escrito de 3 d Noviembre de 2014, presentado por la LFP, se colige que el Xerez Club Deportivo S.A.D. adeudaba a 28 futbolistas profesionales la cantidad de 1.009.854´30 euros.

Partiendo de dichos antecedentes, se argumenta en la instancia en los siguientes términos para concluir que ha habido un incumplimiento del convenio en aplicación del citado artículo 137 LC:
"Sostiene la concursada, que la creación de la Comisión de seguimiento y control del convenio, no responde a ningún tipo de medida limitativa de las facultades de administración y disposición del deudor.
No obstante, las referidas alegaciones aparecen enervadas a partir de la mera lectura de la propuesta de convenio, en atención a las facultades que se le atribuyen a dicha comisión. Entre otras la supervisión y compra de los derechos federativos y de la marcha de la sociedad así como del cumplimiento del plan de viabilidad. Las referidas facultades, unido al deber de información de la concursada que se establece en el convenio aprobado, vienen a limitar las facultades dispositivas de la concursada. Carecería de sentido atribuir a la Comisión de Seguimiento y Control del cumplimiento del convenio, facultades de supervisión y al mismo tiempo estimar que el referido órgano tiene una mera función consultiva.
La propia naturaleza de las facultades de “supervisión” evidencia que los actos dispositivos de la concursada estarán limitados por la supervisión de la referida Comisión. No se refiere

el Convenio a un mero deber de información, sino también a la facultad de la comisión de supervisar determinados actos dispositivos de la concursada, lo que de forma clara evidencia una limitación de las facultades dispositivas de la concursada.

Las apreciaciones de la concursada casan mal con la naturaleza de las funciones atribuidas a la Comisión de Control y Seguimiento del Cumplimiento de convenio. La interpretación pretendida, privaría de sentido y eficacia a la referida comisión.

La falta de colaboración de la concursada, la suspensión continuada de las sesiones de la comisión, la falta de convocatoria de las mismas y la inexistencia de información por parte de la concursada, impidió a la referida comisión ejercitar las facultades de supervisión y control. De esta forma devino ineficaz el funcionamiento de la referida comisión, y quedaron enervadas las facultades de supervisión que ejercía la comisión, quedando incumplida la medida limitativa de las facultades de disposición de la concursada.

Por último conviene destacar que la reanudación posterior de las reuniones de la Comisión de Seguimiento y Control, no enerva el hecho que durante un largo periodo de tiempo se incumpliesen las medidas limitativas de las facultades de disposición del deudor que se habían acordado en el convenio.

Constatado el incumplimiento de las medidas limitativas de las facultades de disposición, procede declarar incumplido el convenio al amparo de lo dispuesto en el artículo 137.1 de la Ley Concursal."

Vamos a analizar a continuación si se establecieron medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, por virtud de las facultades atribuidas a la Comisión de Control y Seguimiento del cumplimiento del Convenio. De las cuatro facultades enunciadas, las que guardan relación con las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, son las previstas en los apartados b) y de d) de la cláusula del convenio que regula dicha comisión. En la primera de ellas, se impone una obligación de información (y consiguiente facultad de la Comisión) respecto de las operaciones de venta y compra de activos y las operaciones ordinarias que excedan de 500.000 € y, en la segunda de ellas, se establece la facultad de supervisión en la compra y venta de los derechos federativos de jugadores de fútbol profesional. No estimamos, frente a lo que se sostiene en la instancia, que la atribución de facultades de control y seguimiento del cumplimiento del Convenio y correlativa obligación de

información mensual del plan de tesorería y del cumplimiento del convenio (apartado a) y, la previsión de reunión trimestral periódica para la supervisión de la marcha de la sociedad y el cumplimiento del Plan de Viabilidad (apartado c), puedan considerarse medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, a las que se refiere el artículo 137 LC. Y, aun siendo muy cuestionable que las facultades de los apartados b) y d) supongan, dados los términos en que están redactadas, una correlativa limitación o prohibición de las facultades patrimoniales, ya que lo que se impone es una obligación de información, de una parte y, de otra, una facultad de supervisión, habida cuenta que se refieren a actos dispositivos, a saber, operaciones de venta y compra del activo y operaciones ordinarias que excedan de 500.000 €, por un lado y, por otro, compra y venta de derechos federativos, pudiéramos considerar que estamos ante medidas limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor en el sentido previsto en el artículo 137 LC. Sentado lo anterior, para que pudiera declararse incumplido el convenio por virtud de dicho precepto, resultaría necesario conforme al mismo, que se hubiera producido una infracción de dichas medidas limitativas de las facultades patrimoniales del concursado convenido. En modo alguno, ni en la demanda ni en la sentencia apelada se hace referencia a que se haya producido una compra o una venta de activos o una compraventa de derechos federativos u operaciones que hayan excedido de 500.000 €, que hayan sido realizadas sin la supervisión de la Comisión de Control y Seguimiento del cumplimiento del Convenio. La infracción que se aprecia en la sentencia recurrida se refiere a la falta de convocatoria a reuniones de la Comisión, infracción que podrá tener otro tipo de consecuencias, en su caso, pero que no permite la aplicación del artículo 137 LC, porque ello en modo alguno puede implicar que ha habido una infracción de las medidas limitativas de las facultades de administración y disposición del deudor, que constituye presupuesto necesario para que pueda anudarse una sanción tan gravosa como es la declaración de incumplimiento del convenio, que se equipara por el legislador concursal al incumplimiento del contenido del convenio, regulado en el artículo 140 LC.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de marzo de 2015, ha declarado que el incumplimiento del plan de viabilidad no puede servir de base para declarar incumplido el convenio, luego con mayor motivo, el mero incumplimiento de la obligación de convocatoria de la Comisión de Control y Seguimiento del cumplimiento del convenio,

no puede considerarse como un incumplimiento del convenio por infracción de medidas limitativas de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, cuando no consta que el mismo haya realizado acto dispositivo alguno. En la citada Sentencia se argumenta: "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 (…)."

Estimamos que la mera ausencia de convocatoria de la Comisión de control y seguimiento del cumplimiento del convenio no puede ser considerada como una infracción de las medidas limitativas de facultades patrimoniales del concursado convenido, cuando no se alega ni aprecia, que se haya producido acto dispositivo alguno. Por lo expuesto, este motivo de recurso ha de tener favorable acogida, lo que hace innecesario analizar los otros dos motivos de recurso, invocados con carácter subsidiario para el caso de ser desestimado el presente, relativos, respectivamente, al incumplimiento del art. 140 LC, que resulte improcedente, porque la sentencia apelada no se basa en la aplicación de dicho precepto para declarar la rescisión del convenio y, al pronunciamiento sobre costas, que dada la estimación de este motivo de recurso, implica que no proceda su imposición a la concursada. En consecuencia, procede revocar la sentencia apelada, que se deja sin efecto, acordando en su lugar, desestimar la demanda interpuesta por la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL

PROFESIONAL (LNF), acordando que no procede la rescisión del convenio, con los demás efectos legales inherentes, todo ello, sin perjuicio, de lo que pudiera acordarse en otro procedimiento, en su caso, en cuanto al incumplimiento del convenio por haber transcurrido ya el primer plazo previsto para junio de 2017, tras el descenso de categoría, según dispone la propia concursada en el tercer motivo de recurso. En cuanto a las costas de la primera instancia, estimamos que el caso presenta dudas de hecho y derecho que justifican que no se haga una expresa imposición de las mismas, dada la escasa o nula aplicación en la práctica judicial del artículo 137 LC.

CUARTO.- Habiendo sido estimado el recurso de apelación formulado, conforme al artículo 398 LEC, no procede una expresa imposición de las costas causadas por dicho recurso en esta alzada.

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

FALLAMOS: Estimar el recurso apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña María Fernández Roche , en nombre y representación de la concursada XEREZ CLUB DEPORTIVO, S.A.D., frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Cádiz de fecha 4 de junio de 2015, en los autos de Incidente Concursal número 1112/2014, tramitados en la Sección Quinta del Concurso seguido con el número 763 de 2009, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos revocar la Sentencia dictada, que se deja sin efecto, acordando su lugar, desestimar la demanda interpuesta por la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (LNF), absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra, sin expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias.

Notificase la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanan, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de

admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

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

E/

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201910249147797	
Asunto	; NOTIFICACIÓN SENTENCIA	
Remitente	**Órgano**	AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 5 - CIVIL de Cádiz, Cádiz [1101237005]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
Destinatarios	**Procurador**	FERNANDEZ ROCHE, MARIA [81] (Ilustre Colegio de Procuradores de Cádiz)
Fecha-hora envío	15/01/2019 12:13	
Documentos	0000616_2019_001_1900913_0.rtf(Principal)	Descripción: NOTIFICACIÓN SENTENCIA Hash del Documento: f3ec44c7395b0ff74a32744ea73cdf44a4a6852f
Datos del mensaje	**Procedimiento destino**	Recurso de Apelación[RPL] Nº 0000372/2016
	NIG	1101242M20090000617

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
16/01/2019 09:13	FERNANDEZ ROCHE, MARIA [81]-Ilustre Colegio de Procuradores de Cádiz	LO RECOGE	
16/01/2019 08:48	Ilustre Colegio de Procuradores de Cádiz (Cádiz)	LO REPARTE A	FERNANDEZ ROCHE, MARIA [81]-Ilustre Colegio de Procuradores de Cádiz

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.