



Modificación del convenio de acreedores en la legislación concursal transitoria

17 mayo 2016

Análisis de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 9/2015, de 26 de marzo, de medidas urgentes en materia concursal.

El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, introdujo en su Disposición Transitoria Tercera la posibilidad de modificar el convenio aprobado judicialmente e incumplido por la concursada. Siendo modificado este nuevo régimen jurídico de los convenios por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 9/2015, de 26 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

El fundamento es el mismo en ambas normas, evitar que el incumplimiento del convenio aprobado aboque necesariamente a la liquidación, posibilitando que la concursada pueda acogerse al nuevo contenido del convenio que introducen ambas normas, más flexible, en beneficio de la viabilidad de la empresa, del deudor y de los acreedores afectados.

No obstante, no debemos olvidar que nos encontramos ante normas de carácter transitorio y, por lo tanto, no existe en el Legislador un verdadero ánimo de conservación del convenio como

alternativa de futuro para la liquidación con carácter permanente.

Aclaradas estas cuestiones, pasamos a analizar los requisitos y efectos de la propuesta de modificación de convenio en la legislación concursal transitoria.

Régimen jurídico aplicable:

Disposición transitoria tercera “Régimen de los convenios concursales” de la Ley 9/2015, de 26 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

Legitimación:

El deudor o los acreedores que representen al menos el treinta (30) por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento del convenio (en adelante, “**Acreedores Proponentes**”), calculado conforme al texto definitivo del informe de la administración concursal.

Presupuesto material:

La ley establece como presupuesto material para solicitar la propuesta de modificación, que el convenio inicialmente aprobado haya resultado incumplido.

Se supone que el legislador ha pretendido evitar abusos y que pueda forzarse una modificación basada en la mera voluntad de deudor o de determinados acreedores, por lo que se parte del incumplimiento actual del convenio¹.

Es preciso comunicar al Juzgado los motivos que imposibilitan el cumplimiento del convenio aprobado, siendo suficiente el mero incumplimiento de hecho ya que una resolución judicial firme de incumplimiento conllevaría la apertura de oficio de la liquidación (artículo 143.1.5^o LC) vetando así la posibilidad de modificar el convenio.²

Plazo:

La modificación del convenio se podrá solicitar dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor de la ley. En consecuencia, únicamente pueden ser objeto de modificación aquellos convenios que se hayan incumplido entre el 27 de mayo de 2015 y el 27 de mayo de 2017.

No obstante, y aun cuando la DT 3^a de la Ley 9/2015 no resulta aplicable a los convenios incumplidos antes de su entrada en vigor, no habría inconveniente en que fuera aplicable, por analogía, a los convenios incumplidos desde la entrada en vigor de la reforma de 2014, esto es, desde 7 de septiembre de 2014 hasta el 27 de mayo de 2017.³

De hecho, la letra de la ley no excluye la aplicación del régimen de modificación a los convenios aprobados conforme a la nueva normativa introducida en 2014.

Procedimiento:

Se inicia el procedimiento con la presentación en el Juzgado, por el deudor o Acreedores Proponentes, de un escrito solicitando la modificación del convenio, acompañado de una propuesta de modificación del convenio, así como de un plan de viabilidad.

De la solicitud se dará traslado, según los casos, al deudor y a los acreedores que no la hubieran formulado para que en el plazo de diez días manifiesten si aceptan o se oponen a la modificación propuesta.

El deudor o Acreedores Proponentes, junto a su solicitud, o los no proponentes dentro de los cinco

días siguientes al traslado de la propuesta de modificación, podrán presentar al Juzgado escrito de oposición a la valoración contenida en el texto definitivo del informe de la administración concursal indicando la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y solicitando la suspensión del plazo para manifestar su aceptación u oposición a la modificación propuesta. Al escrito de oposición se deberá acompañar los documentos justificativos de la pretensión.

El juez acordará la suspensión del plazo para aceptar y tramitará la oposición con arreglo a lo previsto para el incidente concursal. En caso de que se presenten varios escritos de oposición, se podrán acumular por el Juez del concurso tramitándose conjuntamente.

Contra la sentencia que dicte el Juez fijando el valor actual del crédito de que se trate no cabrá recurso alguno. En la sentencia el juez acordará alzar la suspensión del plazo para manifestar su aceptación u oposición a la modificación del convenio propuesta.

Mientras se encuentre en trámite una modificación del convenio, ningún acreedor podrá instar la declaración de incumplimiento del convenio. Asimismo, quedarán en suspensión las declaraciones de incumplimiento previamente solicitadas.

Otra cuestión distinta es la coordinación del régimen transitorio con la obligación del deudor de solicitar la liquidación desde que conoce la imposibilidad de cumplir el convenio (artículo 142.2 LC). Parece claro que la única interpretación posible, para mantener la virtualidad jurídica de la DT 3^a, es entender que para el deudor solicitante de la propuesta de modificación del convenio queda suspendida la obligación de solicitar la liquidación.⁴

Alcance de la modificación del convenio:

La propuesta de modificación del convenio deberá ser acorde con las normas sobre contenido del convenio (artículo 100 LC) y garantizar la viabilidad del concursado, ya que de lo contrario no podría ser aprobada por el juez.

Así pues, la propuesta podrá contener:

- Quitas sin límite de cantidad.
- Esperas hasta diez años.
- Propositiones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos, que podrían consistir en:

¹ GUTIERREZ GILSANZ, A., Profesor Titular de Derecho Mercantil de Universidad Rey Juan Carlos: “La conservación del convenio concursal”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, núm. 22, Ed. La Ley, núm. 8.562, 2015, págs. 16.

² MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., “La modificación del convenio concursal con capitalización de créditos y los pactos de socios (a propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil

núm. 3 de Barcelona, de 13 de julio de 2015), en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 24, pág. 496.

³ Las fechas de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal son, respectivamente, el 7 de septiembre de 2014 y el 27 de mayo de 2015. Alejandra Martínez Pérez-Espinos, ob., cit., pág. 496.

⁴ MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., ob, cit, pág.496.

- Conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, en créditos subordinados, préstamos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.
- Enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad, o de determinadas unidades productivas.
- Cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que no sean necesarios para la continuación de la actividad y que su valor razonable sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. En caso de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4 LC.

Mayorías exigidas:

Para entenderse aceptada la modificación, deberán adherirse los acreedores que representen las siguientes mayorías de pasivo calculadas con arreglo a la lista definitiva de acreedores, modificada, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado de procedimiento anterior:

a) En el caso de acreedores ordinarios:

1º El 60% para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.a) LC:

- (i) quitas igual o inferior a 50%;
- (ii) esperas por plazo no superior a 5 años;
- (iii) conversión de deuda en préstamos participativos por igual plazo, para acreedores distintos de los públicos o laborales.

2º El 75% para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.b) LC:

- (i) quitas superiores al 50%;
- (ii) esperas por plazo superior a 5 años e inferior a 10;
- (iii) conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y demás medidas previstas en el artículo 100 LC, para acreedores distintos de los públicos o laborales.

b) En el caso de acreedores privilegiados:

1º El 65% del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2 LC, para la modificación de las medidas previstas en la letra a) 1º anterior.

2º El 80% del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2 LC, para la modificación de las medidas previstas en la letra a) 2º anterior.

El cómputo de las anteriores mayorías se calculará de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 134, esto es, (i) en caso de acreedores con privilegio especial, en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase; (ii) en caso de acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general de cada clase.

Del tenor literal de la disposición podría entenderse que para la modificación del convenio es preciso que se alcancen ambas mayorías, tanto de los acreedores ordinarios como de los acreedores privilegiados. Este es el criterio sostenido por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª) en Sentencia núm. 255/2015, de 19 junio, (JUR/2015/161609): “la disposición establece doble exigencia para considerar aceptada la modificación del convenio en relación, cada una de ellas, con los acreedores ordinarios y privilegiados. En cuanto a los primeros, se exige que sea aceptada mediante adhesión por el 60 o el 75% en función del contenido del convenio. Respecto a los segundos, se exige la adhesión de acreedores privilegiados que representen el 65 o el 80%, según los casos, de cada una de las clases de acreedores previstas en el art. 94 LC, esto es, laborales, financieros y resto de privilegiados salvo los públicos. Se trata de requisitos acumulativos y, por lo tanto, resultará preciso que se alcancen ambas mayorías, sin que en caso contrario pueda modificarse el convenio.

Esta interpretación consideramos que es la correcta, en primer lugar, atendiendo al propio tenor de la ley que se refiere a ambas mayorías como necesarias para la aprobación de la modificación del convenio. En segundo término, puesto que cuando la DT3ª se remite al art. 134.3 LC lo hace de manera exclusiva a los efectos del cómputo de dichas mayorías pero no para la determinación de los efectos de la aceptación por dichas mayorías, extensión o facultad de arrastre. Esto es, en el art. 134.3 LC se regula, por un lado, el modo en que han de ser computadas las mayorías de los acreedores. Por otro, los efectos de la aprobación del convenio por dichas mayorías. Sin embargo, la disposición transitoria 3ª del Real Decreto-Ley 11/2014 únicamente se remite en cuanto al primero, esto es, al modo de cómputo de dichas mayorías. En cambio, en relación a los efectos de la aprobación del convenio por esas mayorías no hay remisión sino que está expresamente previsto en el apartado 4 de la propia disposición transitoria. Esta regla, a su vez, se ha mantenido invariable en la nueva disposición transitoria 3ª de la Ley 9/2015. En consecuencia, el legislador ha querido que la modificación del convenio que impide la apertura de la fase de liquidación a pesar del incumplimiento del inicialmente aprobado, cuente con el mayor respaldo posible de los acreedores y por ello exige su aceptación por la mayoría de los acreedores ordinarios y privilegiados.

En consonancia con lo anterior, si la modificación del convenio incluye quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, esperas ya sea de principal, intereses o cualquier otra cantidad con un plazo no superior a cinco años o la conversión de deuda en

préstamos participativos por el mismo plazo, resultará preciso para entenderla aceptada por los acreedores, que se adhieran a la misma el 60 por ciento de los acreedores ordinarios así como el 65 por ciento del pasivo de cada clase de los acreedores privilegiados prevista por el artículo 94.2 LC.

En cambio, cuando la modificación incluya esperas con un plazo superior a cinco años, quitas superiores a la mitad del importe del crédito, la conversión de deudas en préstamos participativos o las demás incluidas en el art. 100 LC, será necesario la adhesión del 75 por ciento de los acreedores ordinarios y del 80 por ciento del pasivo de cada clase de los acreedores privilegiados prevista por el artículo 94.2 LC.”

En cuanto al procedimiento de aprobación de la propuesta de modificación del convenio, parece claro que es el de adhesión por escrito ya que no se alude en ningún momento a la junta de acreedores.⁵ Así, en Fundamento Jurídico Duodécimo de la Sentencia del Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona de 13 de julio de 2015, este es el procedimiento adoptado ya que, mientras que la propuesta del deudor no consigue el apoyo suficiente, “se adhieren a la propuesta alternativa presentada por los acreedores más del noventa y siete por ciento del pasivo afectado por el convenio.”

A pesar de la ausencia de previsión expresa en la DT 3ª de Ley 9/2015, de 25 de mayo, es admisible la presentación de propuestas alternativas para la modificación del convenio, siendo de aplicación las normas generales del convenio de acreedores y, en particular, los artículos 100, 113.1, 121.2 LC.⁶

Lo previsto en esta disposición no será aplicable a los acreedores públicos, que quedarán excluidos del cómputo y de las mayorías citadas.

Resolución y efectos:

El juez dictará sentencia aprobando o denegando la modificación del convenio en el plazo de diez días. Solo podrá aprobar la modificación cuando las medidas propuestas garanticen la viabilidad del concursado. Se trata de un control de oficio de la oportunidad de la propuesta, por lo que estamos ante una verdadera aprobación judicial y no de una mera homologación a la modificación del convenio aprobada por los acreedores.⁷

Efectos de la modificación del convenio:

A) Si se aprobase la modificación, sus efectos se extenderán a los acreedores con créditos privilegiados u ordinarios que no se hubiesen manifestado a favor de la misma y a los acreedores subordinados. Sólo los acreedores públicos de

cualquier categoría no se verán afectados por la modificación aprobada.

Conforme a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria anteriormente citada, la extensión de los efectos así como de la facultad de arrastre del convenio y de la modificación del convenio a los acreedores es una cuestión de orden público, excluida de la voluntad del deudor y de los acreedores, si bien como veremos tienen distinto régimen.

“El art. 134 LC al ocuparse de la facultad de arrastre del convenio a los acreedores privilegiados, distingue ésta en relación con los acreedores de cada una de las clases incluidas en el art. 94.2 LC y para extender los efectos exige que se haya aceptado por las mayorías que se establecen según los casos de los acreedores privilegiados de cada clase.

Por ello, resulta perfectamente admisible que los efectos del convenio se extiendan solamente a acreedores de una de dichas clases, por ejemplo, trabajadores o acreedores financieros y a los de otras. Todo ello como consecuencia de que el voto a favor o adhesión del convenio por estos acreedores privilegiados no es necesario para considerarlo aceptado, bastando para ello que se cumplan las mayorías de los acreedores ordinarios, teniendo únicamente relevancia el apoyo de los acreedores privilegiados para extender sus efectos a otros de su misma clase.

En cambio, el régimen de la DT 3ª es diferente, prevé la extensión de los efectos de la modificación del convenio a todos los acreedores privilegiados, con la excepción de los acreedores públicos. Ninguna diferencia se realiza en alusión a los acreedores de cada una de las clases incluida en el art. 94.2 LC y ello obedece a que para considerar aceptada la modificación resulta necesaria la adhesión a la misma de la mayoría exigida, según los casos, de los acreedores privilegiados de cada una de las clases (financieros, laborales y resto, con exclusión de la clase relativa a los acreedores públicos), y una vez aceptada la modificación y aprobada judicialmente, sus efectos se extienden a todos los acreedores privilegiados salvo los públicos, sin que ello pueda ser evitado.

Una consecuencia de esto es que el acreedor que resulta titular de un crédito ordinario y además de un crédito privilegiado, cuando se adhiere a la modificación del convenio se adhiere tanto en relación a su crédito ordinario como en relación a su crédito privilegiado, aplicándose con ello un régimen distinto al del art. 123.2 LC. La justificación de esto se encuentra en que para aprobar el convenio únicamente resulta necesario el voto de la mayoría del pasivo ordinario y el voto del pasivo privilegiado tiene relación de manera exclusiva con la extensión de los efectos a los créditos privilegiados. En cambio, para aprobar su modificación es necesario el apoyo de la mayoría del pasivo ordinario y privilegiado, por lo que el acreedor que se

⁵ MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOS, A., ob, cit, pág. 497.

⁶ MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOS, A. ob, cit, pág. 501.

⁷ GUTIERREZ GILSANZ, A., “La conservación del convenio concursal”, ob., cit., pág. 20. Alejandra Martínez Pérez-Espinos, ob, cit, pág. 497.

muestra a favor de la modificación y se adhiere al convenio ha de entenderse lo hace en relación a todo el pasivo del que es titular.

Las claras diferencias entre el régimen aplicable a la aceptación y efectos del convenio y a la aceptación y efectos de la modificación del convenio puede considerarse que tiene su justificación en el carácter extraordinario de la modificación del convenio que priva a los acreedores, incluyendo a los privilegiados, de la posibilidad de interesar la liquidación a pesar de concurrir causa para ello, lo que justifica ese quorum reforzado exigido y la consiguiente extensión de los efectos de la modificación del convenio.”

Sin embargo, parte de la doctrina⁸ sostiene que la extensión de los efectos de la modificación del convenio *ha de entenderse de forma acorde a lo establecido en el artículo 134 LC para la vinculación de los acreedores privilegiados a los convenios concursales, en el sentido de que quedan vinculados a la modificación aceptada mayoritariamente por los acreedores titulares del pasivo ordinario todos los acreedores privilegiados pertenecientes a la clase de estos que haya consentido mayoritariamente tal modificación, requiriéndose diferentes porcentajes dependiendo del contenido de la modificación.”*

Debemos esperar, por tanto, a que la jurisprudencia menor se pronuncie de forma clara sobre el régimen de mayorías previstas en esta disposición.

B) Si se denegase la modificación, se declarará el incumplimiento del convenio con los efectos del artículo 140 LC. Contra la sentencia cabrá recurso de apelación.

Una vez firme la sentencia que deniega la modificación y declara incumplido el convenio, se producirá de oficio la apertura de la liquidación (artículo 143.1.5º LC), con los efectos previstos en el artículo 145 y 146 LC:

En cuanto a los efectos sobre la concursada persona jurídica, se declarará la disolución y, en todo caso, el cese de los administradores sociales, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.

Por lo que respecta a los efectos de los créditos concursales, se producirá, entre otros efectos, el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.



Departamento: Concursal y Reestructuraciones
Contacto: Rocío Martínez rmartinez@ontier.net

⁸ GUTIERREZ GILSANZ, A., “La conservación del convenio concursal”, ob. cit, pág. 19.