

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal: modificaciones del régimen del convenio

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La Ley 9/2015 deriva de la tramitación como Proyecto de Ley del Real Decreto Ley 11/2014 de 5 de septiembre. Durante su recorrido parlamentario se han aceptado ciertas enmiendas que modifican el régimen del convenio concursal tal y como éste había quedado establecido en septiembre del 2014. El propósito de estas líneas es identificar algunos de los más relevantes cambios producidos.

1. Contenido del convenio y proposiciones alternativas

La lectura que habitualmente se ha venido haciendo del artículo 100 de la Ley Concursal (antes de la publicación del RDL 11/2014) había llevado a considerar que la conversión de los créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos sólo podía incluirse en el convenio en concepto de proposición alternativa. De tal forma que se entendía que tales operaciones no podían formar parte del contenido de una propuesta única ni de todas y cada una de las que se ofrecieran como alternativas.

A raíz de la modificación de los artículos 100 y 124 por el mencionado real decreto ley pudo dudarse si esta interpretación del sistema legal había de cambiar. En concreto, cabía preguntarse si la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, créditos participativos, préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o

características distintas de la deuda original podía ser impuesta a los acreedores aun contra su voluntad. La respuesta, a la vista del texto legal, no era fácil, aunque había motivos para aventurar que a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2014 resultaba posible imponer a los acreedores sometidos al convenio (sin necesidad por tanto de que concurriera su consentimiento) medidas tales como la cesión de bienes o derechos en pago de la deuda o como la conversión de sus créditos en préstamos participativos, en obligaciones convertibles, en acciones o en participaciones sociales.

La cuestión ha quedado aclarada con la nueva redacción del artículo 100.2 de la Ley Concursal (LC). En este precepto se dice ahora que la propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, «proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos». La clave está en la inclusión del término *adicionales*, lo que, unido a la eliminación del adjetivo *alternativas* que calificaba el sustantivo *proposiciones* en el segundo inciso del párrafo inicial del artículo 100.2 de la Ley Concursal, evidencia que la propuesta de convenio puede incorporar cualquier contenido (siempre además de quitas y esperas) sin que sea necesario que se dispongan como alternativas. O, dicho en otros términos: a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/2015 la conversión de los créditos en acciones, participaciones, créditos participativos u otros instrumentos financieros puede

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

imponerse a todos los acreedores ordinarios y subordinados (salvo a los públicos y laborales) si se alcanzan las mayorías precisas. Lo mismo sucederá (aunque tal contenido del convenio no es mencionado en el apartado 2 del artículo 100, sino en el 3) con la cesión en pago de bienes o derechos, que puede ser igualmente impuesta (con la consecuencia —muy relevante por lo que supone de excepción al principio general de que no se pueden imponer nuevas obligaciones sin el consentimiento del afectado— de que los acreedores cesionarios quedarán deudores de la masa activa por la diferencia entre el valor del bien y el crédito extinguido). Y sin que se establezcan otros límites (por ejemplo, prohibiendo cesiones que deriven en situaciones de comunidad de bienes).

2. Acreedores públicos y laborales ordinarios

Ahora se entiende mejor la excepción que la nueva redacción del primer párrafo del artículo 100.2 refiere a los «acreedores públicos». En efecto, semejante salvedad sólo resulta necesaria en la medida en que la conversión de los créditos en instrumentos financieros o la cesión en pago puedan formar parte de la propuesta única de convenio o de todas las proposiciones alternativas. Es decir, la excepción tiene sentido si se pretende evitar que determinados contenidos puedan ser impuestos a los acreedores públicos. Así pues, el sistema tal y como queda modificado aparece más claro y coherente. Basta con leer la regla del primer párrafo del artículo 100.2 de la Ley Concursal en el sentido de que no es posible imponer ciertos contenidos a los acreedores públicos como proposición adicional, pero que no hay problema en ofrecerlos como alternativas para dicha clase de acreedores (recuérdese que, aun cuando probablemente era posible llegar a la misma conclusión bajo el régimen previo, ahora la ley precisa que las proposiciones alternativas o adicionales pueden dirigirse a todos o a alguno de los acreedores o «clases de acreedores»). Ello concordaría con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 100.3 de la misma ley, que prohíbe que se imponga a los acreedores públicos la cesión en pago.

Lo anterior se ve confirmado por el artículo 124 de la Ley Concursal que parece suponer que no cabrá imponer a los acreedores

públicos ni la conversión de deuda en créditos participativos (art. 124.1a y b LC) ni otras medidas como la capitalización de deudas o las cesiones en pago. Lo que sucede es que, en el contexto del citado artículo 124, esta regla se extiende también a los acreedores laborales. En realidad, habrá que entender, en línea con lo dicho anteriormente, que no se podrán imponer estos contenidos a los acreedores laborales, pero que no hay inconveniente en que se les presenten formando parte de proposiciones alternativas. Esto, por otra parte, sería lo más coherente con el principio de *favor convenii* que, pretendidamente, inspira el régimen concursal (ya que facilitaría que los acreedores públicos y laborales ordinarios apoyaran la propuesta de convenio).

Cuestión distinta es que si, en la propuesta de convenio se les ofrece a unos acreedores (por ejemplo, a los públicos) determinada proposición como «alternativa» y al resto como «adicional» (es decir, como necesariamente vinculante para ellos), entonces probablemente existirá un trato singular que requerirá la mayoría de los acreedores no afectados (beneficiados) por el referido trato.

3. Cómputo en el pasivo ordinario de los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta

Antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2014 regía la regla de que, a efectos del cómputo de las mayorías en cada votación, se considerarían incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que votaran a favor. Con la modificación operada por el referido real decreto ley, dicha norma desapareció del artículo 124 de la Ley Concursal, lo que conducía necesariamente a afirmar que tal toma en consideración ya no era posible.

La situación legislativa ha vuelto al punto de partida con la entrada en vigor de la Ley 9/2015, ya que, con arreglo al nuevo artículo 124.2 de la Ley Concursal, a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio, «se consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta». De esta

forma, cada acreedor privilegiado que vota a favor contribuye a alcanzar la mayoría necesaria para la aceptación del convenio.

En rigor, los créditos privilegiados se computarán en el pasivo ordinario (incrementando el término de referencia o base de cómputo) y, también, entre los votos favorables. Es decir, el montante del pasivo privilegiado que hubiera apoyado la propuesta se añadirá al pasivo ordinario para determinar la base de cálculo del importe necesario para la aceptación y, también, se sumará al pasivo ordinario que hubiera votado favorablemente para formar la mayoría necesaria (tanto cuando se requiera la mayoría simple como cuando sea necesario obtener el voto favorable del 50 % o del 65 % del pasivo).

Naturalmente ha de entenderse que la norma del artículo 124.2 de la Ley Concursal se extiende a los acreedores privilegiados que hayan firmado la propuesta o se hayan adherido a ella (con independencia de si el convenio se tramitó anticipadamente, por escrito o se sometió a la junta de acreedores). Y, también por supuesto, los acreedores que voten a favor de la propuesta aceptada (o se adhieran a ella o la firmen) quedarán vinculados al contenido del convenio (art. 134.2 LC).

Con la «nueva regla antigua» se facilita la aceptación del convenio. De hecho, puede perfectamente suceder que el convenio sea aceptado merced a los votos del pasivo privilegiado y aunque los acreedores ordinarios no lo voten mayoritariamente. Ello significa, en suma, que, en determinadas circunstancias, el convenio puede venirles impuesto a los acreedores ordinarios por los privilegiados (de tal manera que la protección de los primeros en cuanto sujetos imperativamente sometidos al contenido del convenio deriva de la aplicación del artículo 125 de la Ley Concursal, precepto que garantiza que la atribución a los acreedores privilegiados de un trato singular —favorable— sólo podrá conseguirse con el consentimiento mayoritario de los ordinarios).

4. *Quorum* de constitución de la junta

En la misma línea tendente a facilitar que el concurso encuentre una solución convenida

debe ubicarse la modificación del último apartado del artículo 116 de la Ley Concursal, que ahora establece lo siguiente.

La junta se entenderá constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso o, en su defecto, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados.

El propósito de la norma parece claro: evitar que los acreedores ordinarios puedan impedir —no concurriendo a la junta en determinada proporción— la adopción de un convenio que quizás deseen mayoritariamente los acreedores privilegiados. En este sentido la norma ha de ponerse en relación con la modificación del mencionado artículo 124.2 antes comentada: una vez que se admite que el pasivo privilegiado puede determinar la adopción del acuerdo (en la medida en que, si vota a favor de la propuesta, se lo considerará incluido en el pasivo ordinario), resulta lógico que pueda también contribuir a formar el *quorum* de constitución de la junta (aunque debe observarse que tal norma no se encontraba en la versión inicial del artículo 116.4 de la Ley Concursal aun cuando regía entonces una norma equivalente a la del actual artículo 124.2 de la misma ley).

Desde luego, si éste fue el propósito de la norma, habrá que convenir en que la fórmula elegida por el legislador resulta innecesariamente oscura. En efecto, la mención del pasivo que *pudiera* resultar afectado por el convenio resulta en sí misma poco clara: ¿se refiere sólo al pasivo que eventualmente puede quedar vinculado —es decir, al pasivo privilegiado— o a todo el pasivo que puede quedar sometido al convenio —tanto necesaria como eventualmente—? O, en otros términos: el pasivo que *pudiera* quedar afectado por el concurso, ¿es sólo el que no se verá afectado necesariamente por él o todo el pasivo susceptible de verse afectado por el convenio? La exclusión expresa de los acreedores subordinados conduce a pensar que la ley se está refiriendo a esto segundo (en otro caso no tendrá sentido la exclusión). En consecuencia, también se entenderá constituida

la junta si concurren acreedores (ordinarios o privilegiados) que supongan más de la mitad de la suma del pasivo ordinario y privilegiado. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que sigue vigente el artículo 118.3 de la Ley Concursal, de tal manera que los acreedores (ordinarios y privilegiados) firmantes de alguna de las propuestas y los adheridos a cualquiera de ellas se tendrán por presentes a efectos del *quorum* de constitución. Acreedores que, si no asisten a la junta, serán contados entre los votantes a favor de las correspondientes propuestas (art. 121.4, segundo párrafo, LC).

Da la impresión de que para alcanzar el resultado perseguido habría sido suficiente con establecer que los acreedores privilegiados que asistieran a la junta serían tenidos por presentes como parte del pasivo ordinario a los efectos del cálculo del *quorum*. Nótese, a este propósito, que se ha suprimido el primer apartado del artículo 123 de la Ley Concursal, el cual disponía que «la asistencia a la junta de los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones no afectarán al cómputo del *quorum* de constitución, ni les someterán a los efectos del convenio que resulte aprobado». Por supuesto, aunque el apartado haya sido suprimido en su totalidad, la segunda de las normas contenidas sigue siendo aplicable en razón del resto de la disciplina: la mera concurrencia a la junta o la participación en las votaciones no comporta para los acreedores privilegiados la vinculación al convenio. Ésta sólo se producirá en los términos de los apartados 2 y 3 del artículo 134.

Ahora bien, la reforma legal que ahora comentamos sigue exigiendo un *quorum* de constitución inferior al porcentaje de votos favorables (65 %) necesario para considerar aceptado un convenio en determinados casos. Ello es relevante porque puede darse la hipótesis (anómala) de que una junta de acreedores regularmente constituida no pueda, sin embargo, finalizar con la aceptación del convenio *ni siquiera aunque todos los presentes votaran a favor de una propuesta* (piénsese en el supuesto más sencillo: que se hubiera presentado una única propuesta de convenio con el contenido previsto en la letra *b* del artículo 124.1 de la

Ley Concursal).

5. Los pactos de sindicación

Desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2014, el último párrafo del artículo 121.4 de la Ley Concursal dispone lo siguiente:

En caso de acuerdos que, tras la declaración del concurso, sigan sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que los acreedores votan a favor del convenio cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 % del pasivo afectado por el acuerdo en régimen de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última. Esta previsión se aplicará para el cómputo de las mayorías necesarias para la aprobación del convenio y para la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes.

Ahora nos interesa especialmente el último inciso del párrafo transcrito. Obsérvese, que, hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2015, resultaba claro que la primera precisión sólo podía venir referida a los supuestos de sindicatos que agruparan créditos ordinarios (o a la parte del pasivo sindicado que tuviera esta consideración), porque sólo este tipo de pasivo podía ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la aceptación (no para la «aprobación») del convenio. Sin embargo, una vez modificado el sistema —*vid. supra* el apartado 3—, tal afirmación ya no sigue siendo exacta: a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la aceptación del convenio se considerará que todos los acreedores del sindicato votan a favor del acuerdo —cuando lo hagan los que representen al menos las tres cuartas partes del pasivo sindicado— aun cuando sean acreedores privilegiados.

En cuanto a la segunda precisión (la regla se aplicará también para el cómputo de las mayorías necesarias para «la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes»), sigue pudiéndose afirmar lo mismo que anteriormente: únicamente tiene sentido

en relación con los créditos y préstamos sindicados que tengan carácter privilegiado. Y ello porque la extensión de los efectos del convenio a los acreedores *ordinarios* no participantes o disidentes es consecuencia inmediata de su aprobación por el juez, luego no hay cómputo especial que hacer para que este efecto se produzca con respecto a ellos. Sin embargo, tal extensión no se produce siempre por la mera eficacia del convenio con respecto a los acreedores privilegiados que no votaron o no se adhirieron (ya que para que éstos queden vinculados es preciso que se cumplan los términos del artículo 134.3 de la Ley Concursal).

Pues bien, debe observarse que la Ley 9/2015 no ha despejado una de las dudas existentes con respecto a la última cuestión apuntada. En efecto, de un lado parece que, si se alcanzan las mayorías previstas en el artículo 134.3 de la Ley Concursal, se entenderá que vota a favor todo el pasivo sindicado cuando lo hagan las tres cuartas partes de él (o la proporción inferior fijada en el propio pacto de sindicación). Pero no está claro si, en el caso de que no se alcancen los porcentajes necesarios para extender el convenio a todos los acreedores privilegiados de la clase correspondiente, los acreedores sindicados disidentes de la decisión mayoritaria (del 75 %) del sindicato quedarán en todo caso vinculados por el convenio, ya que se entenderá que votaron a favor. Antes, cuando los votos de los acreedores privilegiados no computaban a favor del convenio, la solución más plausible (no siendo del todo evidente) era inclinarse por la respuesta negativa (puesto que la regla sólo resulta aplicable al cómputo de mayorías, pero no altera la posición individual de cada acreedor, de manera que no convierte en votantes a favor a otros efectos distintos a los acreedores disidentes o no participantes). Pero, ¿cambia de cariz ahora la cuestión? Seguramente no por el mismo argumento derivado del tenor del artículo 121.4 de la Ley Concursal. Pero debe advertirse que esta conclusión conduce a admitir que podría darse el caso de que acreedores cuyos créditos fueron computados para considerar aceptado el convenio (acaso con carácter decisivo)

luego no queden sometidos a él porque eran disidentes o no participantes.

6. Los acreedores de una clase no pueden quedar vinculados si el convenio no es aceptado

La Ley 9/2015 ha añadido un nuevo tercer apartado al artículo 124 de la Ley Concursal en el que se precisa que, si no se alcanzasen las mayorías exigidas en el apartado 1 del mismo artículo, «se entenderá que el convenio [*rectius*: la propuesta] sometido a votación queda rechazado».

En mi opinión, ésta era también la consecuencia que derivaba de la adecuada interpretación de la disciplina anteriormente vigente. No obstante, la ley ha querido dejar claro que, si no se reúnen las mayorías del artículo 124 de la Ley Concursal, el hecho de que se alcancen en cambio las mayorías previstas en el artículo 134.2 de la misma ley no comporta por sí mismo que el convenio sea aplicable a la clase o clases en cuestión. El convenio se entiende, de esta manera, «completamente» rechazado y carecerá de la fuerza de obligar propia de un convenio concursal aprobado, sin que pueda considerarse aplicable a una clase de acreedores privilegiados.

7. Supresión del apartado segundo del artículo 104 de la Ley Concursal

A pesar de haberse establecido un nuevo régimen en cuanto al contenido del convenio, el Real Decreto Ley 11/2014 no eliminó la regla recogida en el artículo 104.2 de la Ley Concursal para el convenio anticipado. Dicha regla facultaba al juez para autorizar motivadamente, siempre que se diesen ciertas condiciones, la superación de los límites antes existentes para las quitas y esperas. Naturalmente, una vez desaparecidos esos límites y sustituidos por los del artículo 124 de la misma ley (que resulta aplicable con independencia de la forma de tramitación del convenio), había de entenderse que el referido apartado segundo del artículo 104 había devenido inaplicable. La Ley 9/2015 confirma esta interpretación al suprimir el segundo apartado de dicho

artículo 104, con lo que queda claro que ni siquiera en el caso de propuesta anticipada de convenio y con las condiciones recogidas en la norma derogada podrá el juez autorizar la superación del límite de diez años para las esperas.

8. Modificación del artículo 110

La Ley 9/2015 ha dado nueva redacción al artículo 110 de la Ley Concursal. El cambio mejora algunos aspectos del precepto, pero no cambia nada sustancial.

De una parte, las alternativas que el juez debe ofrecer al concursado no son ahora la de mantener la propuesta anticipada y la de solicitar la liquidación, sino las de pedir la apertura de la fase de convenio o de la de liquidación. Pero ello en el fondo no supone alteración de relieve. Como tampoco lo es que en la redacción vigente se diga que en la fase de convenio el deudor podrá mantener o modificar la propuesta de convenio (la no aprobada) o formular otra nueva. Téngase en cuenta que anteriormente —como también ahora— el deudor podía no contestar el requerimiento del juez o, simplemente,

responder que deseaba que se abriera la fase de convenio, con la consecuencia en ambos casos de que debería efectivamente abrirse tal fase del procedimiento, en la que, por supuesto, el concursado tendría la posibilidad de presentar nueva propuesta (con arreglo a los arts. 113.2 y 115 *bis*.2 LC). La diferencia parece estribar en que ahora no es necesario decidir en tres días si se va a mantener la propuesta anticipada, sino que podrá decidirse posteriormente (aunque no se ha modificado la ley para especificar el tiempo y la forma de tal decisión).

En el nuevo artículo 110 de la Ley Concursal se precisan ahora dos extremos que tampoco ofrecían mayores dudas bajo la redacción anterior. Queda claro, de un lado, que el mantenimiento de la propuesta anticipada es independiente de la forma de tramitación del convenio (no sólo a los efectos de su sometimiento a la junta de acreedores). Y, de otro lado, también se puntualiza que la toma en consideración de los acreedores adheridos a la propuesta anticipada a los efectos del cálculo de *quorum* y del resultado de la votación sólo procede en relación con las propuestas anticipadas que hubieran sido mantenidas por el deudor.