

VIII.1- EL CONVENIO TRAS LA REFORMA DEL RD 11/2014.

Víctor Fernández González

I. IDEAS BÁSICAS.

Cualquier análisis de la figura del convenio en el marco de un proceso concursal debe partir de una máxima absoluta, que perfectamente se recoge en la STS de 25 de octubre de 2011 “El convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, tiene, según la doctrina, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial.”

Un acuerdo presidido bajo el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC, en toda la extensión que el precepto permite (como se destaca por el apartado VI, párrafo 2º de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003); no obstante lo cual, por las especiales condiciones que se adopta, el legislador ha querido establecer unos límites propios, a través de las reglas de los art. 100 a 102 LC, que no pueden ser superados, resultando controlados de forma judicial, por el Juez del concurso, el cual no puede ser el creador del acuerdo, ni puede imponer cualquier solución distinta a la pretendida por las partes.

Este control no desnaturaliza la naturaleza negocial del convenio, sin que implica un control de la legalidad por un Órgano del estado en aras a que la propuesta que existiera no desnaturalice la solución convencional, evitando que se aplique a supuesto que deberían someterse a las reglas de la liquidación concursal.

De hecho la STS antes citada destaca este aspecto bajo el siguiente dictado: “Sin embargo, el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad. Por ello, puede aprobar el convenio o rechazarlo –o mandar que se repita el trámite que llevó a él, a fin de que se subsanen los defectos de esa índole de que adolezca–, pero no modificar su contenido –*artículo 109, apartado 2, en relación con el 129, apartados 1, 2 y 3, de la Ley 22/2003*–. En definitiva, la necesidad de aprobación judicial no significa que no sean el deudor y los acreedores los legitimados para determinar el contenido de la reglamentación de sus intereses, en que consiste el convenio. Por ello, es contraria al *artículo 109 la aprobación judicial, como supletoria, de la segunda* propuesta formulada por la deudora, ya que, según la oferta aceptada, ese papel correspondía a la primera.”

II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CONVENIO.

La institución del convenio se encuentra presente en el derecho histórico concursal.

Analizando el conjunto normativo existente hasta la vigente ley 22/2003, el espíritu que presidía la legislación concursal era la de patrocinar el convenio, como modalidad de acuerdo entre el deudor y sus acreedores para superar la situación de insolvencia o desbalance en que se veía inmerso el primero.

Una solución negociada que no encontraba límites, con carácter general, y en el que la regla establecida era que el contenido del convenio podía ser todo aquello que se considerase oportuno para supurar la crisis que se había generado, permitiendo fijar ventajas para ciertos acreedores en detrimento de otros.

Una solución completamente flexible desde el punto de vista procedimental, como se comprobaba con el hecho de poder modificarse la propuesta o propuestas existentes hasta el mismo momento de la deliberación y votación en la junta de acreedores para adaptarse a las necesidades de los intervinientes.

Prueba evidente de todo ellos es el siguiente resumen:

- Códigos de Comercio de 1825 y 1889 (aplicable solo para comerciantes).
 - Suspensión de pagos: esperas hasta 3 años sin quitas (art. 872).
 - Quiebra: contenido que estimen oportuno el quebrado y sus acreedores (art. 898).

- Ley de enjuiciamiento civil 1881.
 - Concurso de acreedores: quitas y/o espera sin límites (art. 1130, 1303) y que el concurso no se declare fraudulento (art. 1305).
 - Quiebras: quitas y/o espera sin límites (art. 1130, 1303) y que el concurso no se declare fraudulento (art. 1305); todo ello por remisión art. 1319 y 1390.
- Código Civil 1889 (para no comerciantes).
 - Esperas y quitas sin límite (art. 1917).
- Ley Suspensión de Pagos 1922 (art. 14).
 - Contenido que se estime oportuno, incluso ventajas para ciertos acreedores.
 - Régimen de mayorías en función de la propuesta.

III. PRINCIPIOS INSPIRADORES LEY 22/2003.

La reforma que supuso la ley 22/2003, por el que se deroga todo el “viejo” sistema concursal español, da paso a un modelo de concurso apto para todos los deudores, ya sean personas físicas o jurídicas, comerciantes o no comerciantes, en el que bajo un texto legal se ofrecen soluciones sustantivas, materiales y procedimentales de la insolvencia.

Un único texto que pretende la satisfacción de los intereses del concurso, el pago a los acreedores, a través del convenio, como solución norma del concurso, y que supondría la conservación del tejido empresarial, con el consiguiente mantenimiento del tejido productivo y laboral (así se destaca a lo largo de la Exposición de motivos del mencionado texto).

Ese objetivo prioritario se focaliza a través del convenio, como el acuerdo inter partes que debe adoptarse en el marco del proceso concursal, bajo la tutela del órgano jurisdiccional y una vez alcanzado el acuerdo con los acreedores.

Pero el mismo, reitero que debía consumarse en el marco del proceso concursal, sin que se contemplase la posibilidad de alcanzarse extramuros del concurso, a través de cualesquiera fórmulas de refinanciación que pudieran existir.

Y al mismo tiempo, potenciando el principio de autonomía de la voluntad, el legislador establece un “marco” en el que debe residenciarse el acuerdo a aprobar, dado que se impone un contenido mínimo (quitas y/o esperas), limita el alcance de los pactos (dado que las quitas y las esperas deben tener una

extensión máxima), y se prohíbe de forma absoluta la liquidación global, derivando la misma, a la regulación específica que a tal efecto se incluye en la norma.

IV. TIPOS DE CONVENIO.

La tipología de los convenios no ha sufrido variaciones con la reforma en estudio, se mantienen las dos grandes clasificaciones tradicionales:

1. Anticipada: a solicitud y propuesta única del deudor, a tramitar durante la fase de convenio.
2. Ordinaria: a solicitud y propuesta del deudor y de acreedores que representen al menos 1/5 parte del pasivo del concurso. A diferencia de la anticipada, su solución solo se producirá una vez finalizada la fase común, ya sea con celebración de junta de acreedores o mediante el cauce de la tramitación escrita (para el caso que existan más de 300 acreedores reconocidos en el concurso).

Solo destacar en este punto y como inciso, que la reforma ha modificado los preceptos relativos a la propuesta ordinaria, sin que haya modificado o referenciado nada respecto de la anticipada, generando una descoordinación evidente, dado que en el art. 104.2 LC todavía se suscita la necesidad de autorización por el Juez para superar ciertos límites, cuestión que ha desaparecido para la propuesta ordinaria. En mi opinión se trata de un olvido del legislador que debe ser solventado con la aplicación de las nuevas reglas del convenio ordinario, también a la propuesta anticipada.

V. IDEARIO DE LA REFORMA.

De la lectura del preámbulo del RD 11/2014, queda claro que el legislador ha marcado unos ideales justificativos de la nueva regulación.

Comienza por explicar que los cambios que se introducen son fruto de una necesaria coordinación entre los institutos concursales fijados en el RD 4/2014 (que ha sido convalidada por la ley 17/2014) y el proceso concursal. Los acuerdos de refinanciación, su regulación, su tipología y efectos, fueron objeto de un intenso desarrollo normativo, como solución a la situación de insolvencia de las empresas, creando el marco normativo en el que los acreedores y el deudor podían pactar (bajo determinados condicionamientos), una solución negociada a la insolvencia, sin tener que acudir al proceso concursal. Un instrumento que fue recibido de forma muy positiva por los operadores jurídicos, que al mismo tiempo reclamaban su incorporación al proceso judicial. Y es gracias al RD 11/2014, cuando el contenido del mismo y determinados efectos, se “acoplan” al convenio concursal.

Todo ello sumado al dato empírico que, hasta la fecha, la normativa vigente no había cumplido con el objetivo básico que el legislador había instaurado en la ley 22/2003; no ha sido posible lograr el objetivo de crear ese marco concursal en el que los procesos judiciales acabasen en convenio, y mucho menos en la modalidad de anticipado. La realidad ha venido marcada por la liquidación, como elemento común en un 90% de los concursos declarados. Y lo que es más grave, con liquidaciones “ruinosas” en la que no se ha podido cubrir el pago de los créditos concursales, porque a duras penas se pagaban a los créditos contra la masa.

Por eso este cambio en el que se presente potenciar la continuidad de las empresas viables, como instrumentos generador de beneficios para la propia empresa concursada (y por ende para los acreedores), para la economía general (que comprueba como el tejido empresarial e industrial no desaparece) y para el empleo (con mantenimiento de los puestos de trabajo y por consecuencia de los beneficios que para la Seguridad Social, el sistema de pensiones y para la microeconomía supone).

En todo caso, para cumplir estas ideas, fruto de lo acontecido a lo largo de diez años de vigencia de la ley concursal, aplicada en el marco de una crisis económica global, se imponía la necesidad de adaptar los privilegios jurídicos recogidos en la legislación especial a la realidad económica subyacente, creando un marco normativo adecuado en el que se respectasen las garantías reales concedidas a favor de los acreedores atendiendo a su valor económico real y actual.

Finalmente, también recogiendo esas máximas de la experiencia de estos años de aplicación de la norma concursal, el legislador se ha hecho eco de la necesidad de regular debidamente la venta de las unidades productivas insertas en los procesos concursales, como herramienta complementaria para generar beneficios para la propia empresa concursada (y por ende para los acreedores), para la economía general (que comprueba como el tejido empresarial e industrial no desaparece) y para el empleo (con mantenimiento de los puestos de trabajo y por consecuencia de los beneficios que para la Seguridad Social, el sistema de pensiones y para la microeconomía supone).

VI. CONTENIDO DEL CONVENIO.

En el marco del convenio una de las piezas claves de la regulación reside en su contenido, el cual ha sido mejorado sustancialmente a través de la reforma, concretándose en los siguientes aspectos.

1. Quitas y/o esperas: sigue configurándose como un contenido necesario, por los términos imperativos que la norma impone al efecto. Con la nueva redacción, bajo la premisa de necesitar de su incorporación el legislador plantea un modelo que, a priori, elimina los límites cuantitativos y tempo-

rales que fijaba la normativa extinta; entendiéndose que esos límites coartaban la autonomía de la voluntad y frustrando los posibles convenios que pudieran existir; amén que los límites iniciales que se fijaban para la propuesta ordinaria de convenio, se podían verse superado si se optaba por presentar una propuesta anticipada. De hecho esa supresión de límites se acompaña con la posibilidad de dirigirse al Juzgado para que, cumpliendo unos requisitos y acreditados los mismos, se pudiese autorizar unas cuantías de quita o unos tiempo de espera superiores al estandar previsto por el legislador (50% de quitas y 5 años de esperas). Ahora la decisión final acerca de la validez de la propuesta del deudor se deriva a los acreedores que mediante su voto en la junta general, mediante los nuevos quorums que la norma establece, serán los que decidan si cabe aprobar esas condiciones propuestas o no.

Pero como ya he referido la supresión de los límites es aparente, dado que para las esperas el art. 124 LC impone un tope de 10 años insuperable, mientras que para las quitas, la propia institución del convenio como medio de acuerdo de pagos, comporta que exista éste. De forma evidente deberá contemplarse alguna satisfacción, impidiendo que la quita sea del 100%.

2. Propositiones alternativas: junto a ese contenido mínimo que hemos analizado se plantea la posibilidad que el deudor ofrezca otras alternativas a sus acreedores como modo de pago de las deudas reconocidas.

Una solución existente hasta la fecha pero que no concretaba el contenido de lo que se podía ofrecer. Ahora, con la nueva regulación, se ha dado el paso delante de ejemplificar aquello que puede ser objeto de negociación, que no es sino una modalidad de capitalizar la deuda a instancia del deudor pero plenamente aceptada por los acreedores. En el bien entendido que, tratándose de fórmulas que no se suponen el desembolso directo e inmediato de los créditos concursales, la aplicación real de las mismas dependerá de la aceptación expresa por parte de cada uno de los acreedores.

En todo caso lo significativo de esta solución es el contenido recogido en el precepto, descriptivo de esas otras “fórmulas” legalmente previstas para satisfacer a los acreedores, consistentes en conversiòn del creidito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en preïstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o caracteriísticas distintas de la deuda originaria. En el bien entendido que para ofrecer la debida coordinación entre la normativa concursal y la societaria, se ha previsto expresamente que para los supuestos en que se opte por la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, se deben cumplir las reglas establecidas en la LSC, pero con la advertencia que los pasivos son líquidos, vencidos y exigibles.

Una elección, que como ya he dicho, reside en la voluntad de cada acreedor, al cual le corresponderá la facultad de optar por la oferta que considere más conveniente, dentro del plazo que a tal efecto fije la propuesta de convenio, sin que en ningún caso pueda exceder de 1 mes. En el bien entendido que debe contemplarse siempre cual de las alternativas será la de obligatoria aplicación para el supuesto que los acreedores no efectúen su elección (art. 102 LC).

Finalmente se destaca la previsión que el marco de la propuestas alternativas no será de aplicación a los acreedores públicos, a los cuales, siempre, debe aplicarse el crédito que contenga las quitas y/o esperas, pero nunca esas alternativas que se podrían recoger para el resto de los acreedores del concurso.

3. Convenio de asunción: sigue siendo una de las opciones que cualquier propuesta de convenio puede recoger. Aquella fórmula por la que un tercero, suscribiente de la oferta de convenio, acepta hacerse cargo del negocio concursado, total o parcialmente, pagando a cambio todo o parte de la deuda del concurso, en las condiciones que se reflejen en el convenio.

Destaco que no es una novedad en sí misma, al tratarse de una fórmula que la ley 22/2003 ya contempló, sino que la novedad se reside en que esa “entrada” de un nuevo deudor se puede efectuar bajo la fórmula de la venta de la unidad productiva. Una figura que ha sido desarrollada en el art. 146 bis LC, con aplicación a todas las situaciones que pudieran darse en el concurso, en cualquiera de las fases o soluciones al mismo; y lo que es más importante, bajo una detallada regulación de los efectos de esa transmisión, tanto de los contratos como de la sucesión empresarial.

De esta regulación debemos mencionar la obligación que asume el tercero de continuar la actividad empresarial, la misma, como medio de obtención de los recursos necesarios para cumplir los términos del convenio.

Por lo tanto, una vez fijada la actividad, la cuestión que surge es la determinación de las obligaciones que se asumen como contraprestación a los activos que se adquieren. Una labor que podríamos “perimetrar” la adquisición por el asunto, consistente en fijar expresamente los activos que se transmiten para seguir desarrollando la actividad (considerados como el conjunto de bienes y derechos que se transmiten, incluyendo los elementos materiales, inmateriales, derechos de crédito, intangibles y relaciones laborales), así como los pasivos (las deudas del concurso en la proporción estipulada).

No obstante, pese a reformar la norma y avanzar en el desarrollo de la figura del convenio de asunción, sí que se echa en falta una regulación de los requisitos, efectos y consecuencias jurídicas de un eventual incumplimiento

de esta forma de convenio, al existir una laguna al respecto. Decimos esto porque no se ha planteado el escenario que, tras la aprobación de un convenio de asunción, total o parcialmente, resulte incumplido el convenio, sin que la norma contemple la medida y extensión de esa rescisión de efectos que el art. 140 y 142 y siguientes LC contempla para un convenio sin asunción.

4. **Modificaciones estructurales:** no es una novedad que tras la reforma del RD 11/2014, siga siendo parte de la regulación la posibilidad de acudir a una modificación como fórmula negociada con los acreedores. En el marco de la justificación de cualquier modificación de esta naturaleza reside la función de reestructuración societaria y de saneamiento de las empresas que permite cumplir con la función instrumental de cualquier convenio, la de facilitar el cumplimiento del convenio para solucionar la insolvencia.

Recordemos que las posibilidades que la ley de modificaciones estructurales ofrece al respecto son las siguientes:

- **Transformación:** Cambio en el tipo social inicialmente elegido, sin disolución, liquidación ni constitución de nueva sociedad. (art. 3 LME)
- **Fusión:** Dos o más sociedades agrupan sus patrimonios íntegros y en general también sus socios con disolución sin liquidación y extinción de todas ellas en orden a constituir una nueva sociedad, lo que constituye la fusión por constitución de nueva sociedad o de todas menos una que absorbe a las demás, la denominada fusión por absorción. (art. 22 LME)
- **Escisión:** División de todo o parte su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Si la escisión es total lleva aparejada la extinción de la sociedad. Si es parcial la reducción del capital. (art. 69 y 70 LME)
- **Segregación:** Modalidad de escisión parcial en la que es la sociedad segregada la que percibe acciones o participaciones de la sociedad/es beneficiaria/s. (art. 71 LME)
- **Cesión global de activo y pasivo:** Una sociedad transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. (art. 81 LME)

La problemática que ofrece la regulación concursal es precisamente la falta de regulación, la falta de armonización con una normativa especial que ha sido implementada con posterioridad a la entrada en vigor de la ley concursal, en el año 2009, mediante un texto en el que sí que se regula específicamente cada una de las modalidades antedichas. Y aquella ausencia es la que nos lleva a plantearnos dudas acerca del procedimiento que debe ejecutarse para dar virtualidad a la modificación estructural que se plantee en el concurso. Desconocemos si la misma debe ejecutarse previamente a la aprobación del convenio o con posterioridad, se desconoce el papel de la administración concursal en ese proceso de “cambio” de la concursada, desconocemos si existe una oposición de los acreedores en la forma que prevé la legislación especial, al lado de la que le ofrece la ley concursal; y finalmente desconocemos cuales son los efectos que acarrearía el incumplimiento del convenio para la modificación estructural ya ejecutada y que conforme a su legislación específica resulta inatacable. Son cuestiones que se han suscitado en el marco de la doctrina pero que no han obtenido soluciones uniformes, estando a la espera de una regulación uniforme de esta institución.

5. Propuesta de liquidación global: como regla absoluta, en el convenio no caben propuestas de liquidación global. De hecho se contempla la regla de su prohibición absoluta, justificada con la idea básica de que ello supondría una liquidación del patrimonio del concursado, para lo cual está previsto su propio procedimiento con sus reglas y consecuencias.

No obstante ello sí que se ha introducido una excepción para permitir que a los acreedores se les pueda pagar mediante la cesión en pago de bienes del concurso, siempre y cuando los mismos no resulten necesarios para la actividad empresarial y su valor razonable, sea igual o inferior al crédito que se satisface, dado que si es superior, el acreedor deberá entregar a la masa la diferencia.

La cuestión que se plantea en este punto es si, a pesar del silencio, se podría permitir la cesión para pago, a modo y manera como lo plantea el art. 148.5 LC (en sede de liquidación) y en la DA 4ª para los acuerdos refinanciación. Realmente la norma no dice nada y parece que pudiera ser un olvido del legislador que podría ser solucionado mediante la aplicación de la analogía, pero la cuestión ofrece serias dudas, cuando al mismo tiempo, de forma categórica niega la posibilidad de acudir a la cesión en pago o para pago a los acreedores públicos, implicando que cuando lo ha querido el legislador lo ha contemplado de forma expresa.

VII. REGLAS PARA LA APROBACIÓN DEL CONVENIO.

Un punto esencial en cualquier tramitación de una propuesta de convenio, al lado de su contenido, es el conjunto de reglas necesarias en orden a la aprobación del mismo; las normas a las que se somete el trámite de deliberación y votación del convenio en aras a ser aprobado. En este aspecto, también el RD 11/2014 ha introducido novedades de las que pasamos a dar cuenta a continuación.

En el marco de la deliberación y votación el único cambio que se introduce es el tratamiento que se da a los créditos de acreedores con pacto de sindicación, al expresar que ese pacto no se extingue por la declaración del concurso sino que se ve afectado a la hora del voto, dado que se va a computar como uno único, conforme al sentir mayoritario de los integrantes del pacto de sindicación. Pero no cualquier mayoría sino que se impone que, para entender manifestado un voto a favor de la propuesta deben asentir el 75% de los acreedores que formen parte del pacto de sindicación, a salvo que por regla interna se imponga un quórum inferior. A partir, si se logra ese porcentaje mayoritario, y el convenio se aprueba, éste afectará a todos los acreedores del pacto de sindicación por igual, sin perjuicio del derecho individualizado de los que hubieren votado en contra estuvieren ausentes, de poder formular oposición a la aprobación del convenio, y sin perder el marco de las garantías accesorias en los términos del art. 135 LC.

La segunda gran reforma en este punto refiere a los quorums para aprobar el convenio, dado que, una vez eliminada la limitación cuantitativa o temporal del convenio, el legislador ha trasladado al marco de la decisión de los acreedores el aceptar o no la propuesta que se hubiese formulado. De tal forma que, si se superan determinados umbrales o se ofrece un concreto contenido alternativo, el respaldo de los acreedores deberá ser mayor que si la propuesta respeta unos límites considerados como no gravosos.

Así, en quitas hasta 50%, esperas hasta 5 años, o conversión de deuda en préstamos participativos hasta 5 años (en este caso no es posible para créditos públicos y laborales) se entenderá aprobado el convenio si votan a favor al menos el 50% del pasivo ordinario reconocido en textos definitivos. En cambio en convenios con quitas superiores al 50% y/o esperas más 5 años y hasta 10 años, conversión de deuda en préstamos participativos desde 5 años a 10 años (en este caso no es posible para créditos públicos y laborales) o resto medidas art. 100 (conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original), se requerirá el 65% pasivo ordinario. No obstante se

mantiene la regla que si lo que se pacta es el pago íntegro de los créditos ordinarios con una espera máxima de 3 años, o el pago inmediato de los créditos ordinarios con quitas inferiores al 20%, solo se exige que el voto emitido en la junta a favor del pasivo ordinario superior al que vote en contra.

En otro orden de cosas, como gran novedad a este respecto, y en ese ideario explicado a lo largo del presente trabajo, de adecuar las soluciones concursales a la dinámica del proceso universal judicial, el legislador ha introducido la figura de la extensión de los efectos del convenio que se aprueba a los acreedores privilegiados. No se trata de una afección directa e inmediata, sin sujeción a límites o condiciones, sino que se condiciona a la concurrencia de unos requisitos tasados:

1. El primero y lógico es la aprobación del convenio en las condiciones que se acaban de enunciar. De no existir esa aprobación, no podremos hablar en ningún caso de vinculación de los acreedores privilegiados.
2. En segundo lugar se impone una vinculación expresa y positiva por los acreedores con privilegio a favor de la propuesta mediante la emisión del voto en la junta o mediante adhesiones emitidas en legal forma, antes de que se declare aprobado el convenio.
3. El tercer requisito es la vinculación por clases ex art. 94.2, con extensión de los efectos a disidentes o no votantes, siempre que se produzcan las siguientes mayorías: votan a favor el 60% de la clase correspondiente en los casos del art. 124.1.a), o votan a favor el 75% de la clase respectiva en los casos art. 124.1.b). Todo ello teniendo presente que ese cómputo de los anteriores porcentajes se va a efectuar según la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase (supuesto de los acreedores con privilegio especial), o por cómputo según el pasivo que acepta sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase (caso de acreedores con privilegio general).

VIII. EL RECONVENIO.

Otra de las grandes novedades que introduce la reforma es la Disposición Transitoria 3ª, aquella que se conoce como el reconvenio, y que en mi modesta opinión se ha introducido como solución concreta y cierta de determinado concurso de acreedores realmente importante, en el que se había aprobado el convenio y que por circunstancias se veía abocado a ser incumplido, con las consecuencias que ello podría suponer para la empresa, para los acreedores y probablemente para la economía nacional.

Una nueva propuesta que va precedida de la máxima de que los convenios aprobados hasta la fecha deben ser cumplidos en los términos que habían sido aprobados, sin que quepa la posibilidad de buscar un incumplimiento con la finalidad de ampararse en la nueva solución que, con carácter temporal, el legislador ofrece en la reforma.

Destacamos el ámbito temporal dado que su aplicación queda limitada en el tiempo a todos aquellos convenios que, habiendo sido aprobados antes de la entrada en vigor de la reforma (el 7 de septiembre de 2014), sean incumplido en los dos años posteriores.

Asimismo hay que enfatizar en el elemento básico en que se sustenta la reforma, el incumplimiento, como presupuesto objetivo para poder acceder a la nueva solución. Un presupuesto que no ha sido desarrollado en el nuevo marco normativo y que debe ser objeto de interpretación.

A priori esa interpretación que se refiere es sencilla, encontrando una solución a través de la vía del art. 140 LC. Siempre y cuando no se hubiesen realizado los pagos comprometidos, en el tiempo y en la cuantía referida en el convenio, estaremos ante el supuesto legal. No obstante este artículo limita el incumplimiento a los créditos vinculados al convenio y en la parte que les afecte, cuando la realidad nos dice que los que se suelen someter al mismo son los acreedores ordinarios y subordinados.

Debemos preguntarnos en qué situación quedan el resto de los acreedores del concurso, tanto los privilegiados como los créditos contra la masa, que en la mayor parte de los casos quedan al margen de ese negocio que resulta el convenio. Y ello por cuanto sus créditos no se someten a ninguna quita ni espera (a salvo que se sometan al convenio y que le mismo fije condiciones especiales), implicando que deben satisfacerse íntegramente e inmediatamente tras la aprobación del convenio. Lógicamente, el no abono de los mismos supone una forma de incumplimiento, de no satisfacción de las prestaciones debidas, de aquello a que venía obligado. No obstante, esa falta de pago o prestación, por no estar incluida en el convenio, no comporta el contravenir el convenio. De hecho se ha discutido la situación en que quedan estos acreedores en función del convenio, cuando comprueban que sus intereses son contravenidos. Máxime cuando la fórmula concursal que el legislador ha planteado a este respecto es la de la rescisión del convenio por la vía de la insolvencia sobrevenida al amparo del art. 142.2 LC, el denominado “concurso del concurso”.

De esta manera, teniendo presente que lo que se pretende es renegociar el contenido del convenio, del plan de pagos propuesto y aprobado, para pactar un nuevo contenido, el incumplimiento debe quedar circunscrito al ámbito del art. 140 LC, a los acreedores que estuvieran vinculados por el

convenio, por cuanto solo respecto de ellos se puede incumplir y solo respecto de ellos se puede renegociar uno nuevo.

Pero más complejidad presenta la figura de la inminencia del incumplimiento, entendida como una especie de visualización del futuro por la que se concluye que no será posible atender a los pactos alcanzados. Es adelantar el dies a quo de la nueva figura basada en proyecciones de futuro, partiendo de una situación concreta en un momento particular. A este respecto la duda que se suscita es si hay que esperar al incumplimiento real y cierto del convenio, o podemos adelantar ese momento al instante en que el deudor o los acreedores conozcan con certeza que, llegado el tiempo futuro como plazo para pagar los créditos comprometidos, no se podrá arbitrar ese pago.

Comparto la necesidad de anticipar cuanto antes la renegociación allí donde sea posible, con el fin último de minimizar los perjuicios y maximizar las posibilidades de éxito en la renegociación; más aún cuando la experiencia nos dice que los pagos comprometidos a través de los convenios aprobados son anuales y que las previsiones de no cumplimiento pueden anticiparse de forma efectiva. Donde encuentro problemas es la forma de acreditar esa inminencia del incumplimiento. Frente al hecho acreditado y cierto del no pago de unas cantidades en un momento concreto, la inminencia de la contravención queda al albur de la decisión del deudor concursado o del asunto. Una decisión basada en una opción que se pone de manifiesto de forma unilateral en la mayor parte de los casos por quien es parte realmente interesada en la renegociación y que puede conducir a situaciones fraudulentas. Y más problemática resulta desde el punto de vista de cauce procesal instaurado por la reforma, en la que las sombras aparecen con más fuerza que las luces, generando controversias que analizaremos más adelante.

En todo caso, existiendo el mencionado requisito, se impone que ya sea el deudor o acreedores que representen al menos 30% pasivo total existente al tiempo del incumplimiento, los que formulen la nueva propuesta, la cual debe reunir el contenido que el nuevo art. 100 LC impone al efecto.

Presentada que sea la propuesta, el legislador remite a una tramitación sencilla aunque incompleta, dado que existiendo la estructura básica de la tramitación, no se arbitran los cauces particulares por los que debe "circular" ese nuevo documento que se somete a aprobación. Solo se hace constar que, una vez admitida a trámite la propuesta debe ser aceptada, mediante el sistema de adhesiones (por lo tanto se hace una referencia implícita a la forma y condiciones que expresa el art. 108 LC), por unos quorums reforzados consistentes en el 60% de los acreedores ordinarios, en el caso de proponer las medidas del art. 124.1.a); subiendo al 75% en el

caso de las medidas del art. 124.1.b). Caso de obtenerse esas mayorías, y bajo la obligación impuesta al Juez de visar que las medidas previstas garanticen la viabilidad del proyecto empresarial, se dictará sentencia aprobando la modificación. Y para la extensión de los efectos a los acreedores privilegiados los quorums serán del 65% de cada clase en las medidas del art. 124.1.a) y 80% de cada clase en las medidas del art. 124.1.b).

En todo caso existe la regla absoluta de que la nueva figura **NO** se aplica a los créditos públicos, que quedan al margen, sometiéndose a la propuesta inicialmente aprobada y que es objeto de incumplimiento, con lo que se generará un escenario “curioso” con dos propuestas de convenio vigentes en función de los acreedores que se vean sometidos a las mismas.

IX. CONCLUSIONES.

Entendiendo como loable la reforma implementada, justificados los motivos que implicarían el nuevo articulado. El RDL 11/2014 revela un texto que, preocupándose de una problemática muy concreta y particular, ofreciendo soluciones prácticas y adecuadas, trata de complementar el elenco de soluciones concursales a la insolvencia, incorporando fórmulas anticipadas en otros textos legales previos y que se arbitran como hábiles en función de las necesidades del mercado. Mediante la posibilidad de renegociar la solución convencional con los afectados se permite la pervivencia de los proyectos empresariales viables, protegiendo el mercado, el tejido empresarial, las relaciones laborales y, en definitiva, las relaciones mercantiles existentes.

No es una solución absoluta a la crisis de las empresas insolventes, sino un mecanismo más puesta al servicio de las mismas, en que la novedad aparece por alterar la regla estricta y absoluta que solo puede proponerse, discutirse, aprobarse y cumplirse una única propuesta de convenio. Se amplía ese marco de negociación incorporando fórmulas que ya se incluían en convenios que eran aprobados, dotándolos de tutela legal. Aunque en todo caso bajo las carencias de coordinación con otros instrumentos normativos complementarios, que ofrecen lagunas de difícil encaje y solución.

Quiero destacar que cualquier reforma legislativa que permita afrontar los problemas y superarlos es bienvenida, pero no por ello debemos mostrar cierto asombro sobre el tratamiento de ciertas deudas y no de todas, cuando el espíritu de la ley es, precisamente, el tratamiento paritario de todos los acreedores, a salvo de los que gocen de privilegios. Específicamente de las deudas de acreedores públicos, que nuevamente han quedado “blindados” frente a los nuevos pactos que pudieran suscribirse, comportando un gran escollo para implementar de forma efectiva la nueva medida de la DT 3ª en estudio. Más allá de las razones que justifiquen dicha medida, lo cierto es que el crédito público es el más protegido de los existentes en el proceso

concurzal, y que al mismo tiempo condiciona decididamente la viabilidad de las empresas. dejarlos al margen de cualquier renegociación, comporta abocar al fracaso cualquier intento de negociación, debido al tipo y cuantía de dichos créditos, amén de los privilegios inherentes a los mismos.

Reitero que es una nueva solución que debe ser bienvenida en orden a la superación de la insolvencia de los deudores. No obstante ello, como hemos tratado de exponer, aparecen muchas sombras (y no han sido analizadas todas ellas, dado que la experiencia nos demostrará la existencia de otras diferentes) que deberán solucionarse con el día a día de la tramitación de las solicitudes que se formulen ante los Juzgados, siendo el presente trabajo una breve exposición de algunos de ellos y que han sido planteados en orden a facilitar la debida aplicación de la reforma.

Finalmente procede discrepar del cauce escogido por el legislador para adoptar la presente norma acudiendo a la figura del Real Decreto Ley, regulado en el art. 86 CE, pensado para aquella regulación merecedora de una especial y urgente necesidad, que de forma imperiosa requiere la adopción de medidas legislativas que no pueden esperar al trámite legislativo ordinario. Así se enuncia en la exposición de motivos del nuevo texto legal, en el apartado VI, en el que se explican las razones tenidas en cuenta. No se pone en duda que el legislador considere la concurrencia de esa situación excepcional que permite la adopción del Real Decreto Ley (cuya máxima expresión es la Disposición Transitoria 3^a), pero sí que podemos señalar la extrañeza que evidencia el trámite escogido cuando el 1 de octubre de 2014, el BOE alumbra la ley 17/2014, convalidando el RDL 4/2014 e introduciendo modificaciones al texto concursal. Es decir, en menos de un mes se reforma la ley concursal, de nuevo, momento que hubiese sido el adecuado para sancionar, de forma única y conjunta, todas las medidas que se incluyen el 6 de septiembre de 2014. De hecho la nueva normativa queda emplazada a otra ley que ratifique el RDL, generando una situación de provisionalidad e interinidad que lejos de solucionar el problema, puede generar inquietud por esa indefinición que se traslada a través del BOE.