

Las innovaciones en el convenio concursal

(Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo)

José M^a de la Cuesta Rute

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil UCM

Abogado

Enrique Nuñez Rodríguez

Abogado

SUMARIO: 1. Introducción. Los acuerdos de refinanciación.- 2. La propuesta anticipada de convenio.- 2.1. La propuesta anticipada de convenio y la solicitud de concurso voluntario.- 2.2. La posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio.- 2.3. Las adhesiones que han de acompañar a la propuesta anticipada.- 2.4. La propuesta anticipada de convenio y la liquidación anticipada.- 3. La tramitación del convenio en fase de convenio.- 4. La tramitación escrita del convenio.- 5. El contenido del convenio.- 6. La oposición a la aprobación del convenio.- 7. Derecho transitorio.

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, dedica su Capítulo III a las “medidas en materia concursal” que es uno de los campos contemplados por la norma “ante la evolución de la situación económica”. La circunstancia confesada en el propio enunciado del R.D-L, que se ve reiterada en el texto de su preámbulo, nos advierte que se trata de una regulación de urgencia que no excluye una ulterior revisión “en profundidad” de la Ley Concursal (LC), al decir también del preámbulo. Sin embargo, algunas de las modificaciones que introduce el texto que ahora consideramos seguramente se consolidarán en cualquier reforma que se lleve a efecto en el futuro y no presionado el legislador por ninguna urgencia especial.

De entre las distintas cuestiones que trata el citado Capítulo III del R.D-L. nos ocuparemos de las que se refieren al convenio concursal.

1.-Introducción. Los acuerdos de refinanciación.

Antes de pasar a comentar brevemente, casi también de urgencia, las reformas que se introducen en el régimen del convenio, conviene dedicar unas palabras a los “*acuerdos de refinanciación*” de los que también se ocupa el repetido Capítulo III al proponer su tratamiento como una de las medidas urgentes en materia concursal. Detenernos aquí en dichos acuerdos se debe a que, con solo mencionarlos, seguramente para muchos, se evoca el convenio. Así puede ser tanto para quien considere como fin del convenio la conservación de la empresa, que siempre necesitará una refinanciación, como también para aquellos que lamenten que la LC no haya recogido una especie de acuerdo o convenio preventivo del concurso. Debe notarse además que *acuerdos* y convenio parecen tener en común la nota caracterizadora de ser negocios de corte contractual pero de masa.

Pues bien, a estos efectos, es necesario decir en seguida que los *acuerdos de refinanciación* no constituyen en realidad negocios de masa. Ciertamente que sólo se producen los efectos que dispone ahora la LC si dichos acuerdos se cierran con acreedores cuyos créditos representen un diez por ciento del pasivo, pero no lo es menos que la eficacia de los acuerdos no rebasan el marco contractual que los limita subjetivamente a quienes han sido parte en los mismos; el rebasar ese límite es lo que permite calificar de masa al convenio concursal. Y es que la finalidad de los *acuerdos de refinanciación* no consiste en satisfacer a los acreedores del deudor común, sino tan solo facilitar que puedan arbitrase recursos que mejoren la posición del deudor porque, incluso aunque tuviere que declararse su concurso, las posiciones adquiridas por los acreedores refinanciadores no se verán afectadas por el procedimiento.

Aparte de esto, solo de manera indirecta puede decirse que los *acuerdos* tienen relación con el convenio como institución concursal; no solo con el convenio que recoge la LC sino además con cualquier clase de convenio preventivo, que pudiera estimarse que el legislador aprovecha para introducir en nuestro ordenamiento del concurso. Pueden, en efecto, tener repercusión respecto del convenio concursal por la pervivencia de las garantías y de los actos de cobro y de pago y del nuevo vencimiento de los créditos refinanciados, que, en las circunstancias que expresa una nueva -cuarta- Disposición Adicional de la LC, no se someten al régimen de rescisión del artículo 71.1 LC a efectos de la reintegración de la masa activa. Pero los *acuerdos de refinanciación* no excluyen o evitan el concurso; los acreedores podrán solicitarlo en los supuestos legalmente previstos; sobre el deudor continúa pesando la carga de presentarse temporáneamente en concurso voluntario (cuestión que sí ha sido reformada por el R.D-L precisamente en referencia al intento de prenegociar una propuesta anticipada de convenio); mucho menos aquellos acuerdos influyen en la posibilidad bien de alcanzar un convenio (que podría tener cualquier contenido dentro de los límites legales) en el concurso que hubiere de declararse o bien de encauzar el procedimiento por los trámites de la liquidación.

Procede pasar ya sin mayor preámbulo a revisar las modificaciones introducidas por el R.D-L 3/2009, de 27 de marzo, en el régimen del convenio.

2.-La propuesta anticipada de convenio.-

Es indudable que con las reformas introducidas pretende agilizarse el procedimiento en distintos órdenes. Uno de ellos se refiere a las nuevas disposiciones relativas a la propuesta anticipada de convenio. Interesa subrayar no obstante que las novedades no alteran la significación de la propuesta anticipada de convenio respecto del sentido del convenio mismo como uno de los cauces alternativos para dar satisfacción a los acreedores dentro del proceso de concurso. Quiere decirse que las mejoras que el nuevo régimen representa en modo alguno deben ser interpretadas en clave de preferencia del legislador por la solución convenida en relación con la liquidatoria; incluso, si cabe, se ha reforzado la equivalencia para el legislador de una y otra solución concursal al regular la llamada liquidación anticipada de la que no podemos ocuparnos ahora (v. “Sobre la liquidación (concursal) anticipada” en elestadodelderecho.com).

2.1.-La propuesta anticipada de convenio y la solicitud del concurso voluntario.-

Una vez que se admitía por la LC hacer propuesta anticipada de convenio, incluso acompañándola a la solicitud de concurso voluntario, era obvio que se aceptaba de manera implícita que antes de la solicitud el deudor habría prenegociado con sus acreedores el convenio; así resulta de la necesidad de acompañar a la propuesta un número y un “peso” de adhesiones a la misma. Sin embargo la LC no hacía de ninguna manera explícita la ineludible necesidad de prenegociación ni la no menos ineludible inversión de tiempo en ella. Esto es lo que se corrige con la reforma.

En efecto, en su virtud (cfr.art.10.1 R.D-L.) se modifica el artículo 5 LC añadiendo un apartado por el que se concede al deudor que se encuentre en insolvencia **actual** un plazo para levantar la carga de la solicitud de concurso voluntario siempre que se hayan iniciado negociaciones para conseguir adhesiones a fin de poder presentar propuesta anticipada de convenio y así se comunique al juzgado. La comunicación al juzgado habrá de efectuarse dentro de los límites temporales establecidos en el propio art. 5 LC, pero entonces dispone el deudor de tres meses a partir de la comunicación para llevar a cabo el intento de lograr adhesiones; una vez transcurrido ese plazo, la solicitud de concurso voluntario tendrá que producirse dentro del mes siguiente, si es que no se quiere que el concurso se califique como culpable a tenor de lo dispuesto en el art. 165.1º LC. Nótese que, como se advirtió antes, esta concesión de plazo no se produce en el caso de que el deudor tenga iniciados y pueda llegar a *acuerdos de refinanciación*.

2.2.-La posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio.-

El artículo 105 LC es profundamente reformado en su apartado 1 que es el destinado a describir los supuestos en que el deudor tiene prohibida la presentación de propuesta anticipada de convenio. Interesa señalar que permanece intocado el apartado 2 del citado precepto que se refiere a las consecuencias que para la tramitación de la propuesta tiene el que se incurra en causa de prohibición con posterioridad a su admisión a trámite o que también posteriormente a su admisión se descubra que el deudor tenía prohibido formularla.

Por lo que se refiere a las causas de prohibición, conviene indicar que ciertamente la poda que ha sufrido el precepto supone ampliar las posibilidades de presentar una propuesta anticipada de convenio que, al poder tramitarse en la fase común del concurso, permite agilizar el procedimiento. Pero debe advertirse que con la reforma el legislador reitera su voluntad de limitar el juego de la propuesta anticipada, y a nuestro juicio con razón. Pero siendo ésta (como se expuso en “El convenio concursal”. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor. 2004) la de excluir una tramitación anticipada en los casos en que el comportamiento del deudor no le hace merecedor de la confianza que esa tramitación implica por las menores garantías con las que se cuenta respecto de las que rodean la tramitación en fase de convenio, los casos que recogía el art. 105.1 LC en su versión original resultaban discutibles. No lo eran los supuestos que han permanecido formando parte del actual art.105.1 LC; eran discutibles, al menos, todos aquellos que ahora en su nueva versión han quedado suprimidos.

2.3.-Las adhesiones que han de acompañar a la propuesta anticipada.

Una novedad interesante a efectos también de facilitar la tramitación de la propuesta anticipada es la que se introduce con la nueva redacción del art. 106.1 LC, destinado a la admisión a trámite de la propuesta sobre la base de que se acompañe de un número suficiente de adhesiones de los acreedores.

Se modifican en realidad dos elementos relevantes. De un lado, la cualidad de los créditos capaces de sostener una adhesión válida y eficaz. Frente al requerimiento anterior de que debía tratarse de créditos ordinarios o privilegiados, en su nueva versión el precepto expresa que las adhesiones pueden provenir de acreedores “de cualquier clase”; esto es, también los acreedores subordinados pueden adherirse a una propuesta anticipada con eficacia para hacerla digna de tramitación.

De otro lado, el nuevo art. 106.1 LC, establece una diferencia en la cuantía que deben representar las adhesiones por referencia al pasivo según que la propuesta anticipada se presente con la solicitud de concurso voluntario o en cualquier otro momento legalmente posible. Mientras que para este último caso se mantiene que las adhesiones superen la quinta parte del pasivo, basta que alcancen la décima parte cuando la propuesta se acompañe a la solicitud de concurso voluntario.

Parece innecesario decir que, aparte de por otras consecuencias, es relevante precisar el carácter voluntario o necesario del concurso por estas consecuencias sobre las adhesiones. A estos efectos debemos aunque solo sea mencionar las modificaciones que el R.D-L introduce respecto de esa cualificación en los casos en que se hace problemática.

2.4.- La propuesta anticipada de convenio y la “liquidación anticipada”.

Conviene señalar que el R.D-L 3/2009 contiene una norma significativa para la tramitación del convenio pero recogida fuera de los preceptos legales reformados que a él se refieren. En efecto, por virtud de un art.142 bis que se incorpora ahora a la LC se establece lo que se llama liquidación anticipada consistente por lo que aquí importa en la posibilidad de que el deudor presente un plan de liquidación. Pues bien, aprobado por el juez ese plan y abierta, en consecuencia, la fase de liquidación, “se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que

hubieran sido admitidas”. Aunque no podemos detenernos ahora en la cuestión (v. “Sobre la liquidación... “ cit.) procede señalar que, en nuestra opinión, esa detención de la tramitación del convenio ante una liquidación anticipada admitida por el juez implica incluso la revocabilidad de la propuesta anticipada de convenio si la hubiere por el hecho de la presentación de la propuesta anticipada de liquidación a que se refiere el art.142 bis LC. Dejando ahora al margen esa cuestión, lo cierto es que la liquidación anticipada una vez admitida excluye la continuación de la tramitación del convenio.

3.- La tramitación del convenio en fase de convenio.

Una novedad de indiscutible relevancia es la de admitirse de forma expresa y consiguientemente regularse la tramitación escrita del convenio. El art.111.2 LC se reforma a fin de que prevea que el auto al que se refiere, que es el de apertura de la fase de convenio y de convocatoria de junta, acuerde la tramitación escrita del convenio cuando el número de acreedores exceda de trescientos.

Al no calificar a los acreedores, debe entenderse que la ley se refiere a los de cualquier clase. Con lo que sin duda se amplía el número de casos en que podrá acudir a la tramitación escrita del convenio. No serán quienes esto escriben quienes dejen de alabar esa forma de tramitación del convenio (v. “Los modos de terminación de la quiebra” en Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 1992. P. 619 y ss.) por estimar, con sólido apoyo en la experiencia, que en muchas ocasiones una tramitación oral, en junta del convenio sencillamente excluye que pueda llegar a concluirse. Por ese motivo, entre otros, resulta útil el régimen de la LC para la “propuesta anticipada de convenio”, pues su tramitación en la fase común del concurso es escrita y todavía puede serlo de esta forma si el deudor mantiene la propuesta fracasada en aquella fase para intentar lograr el convenio en la fase correspondiente. Igualmente la LC merece aplauso por otorgar, incluso en ausencia de una propuesta anticipada de convenio, un cierto espacio a la tramitación escrita del mismo, que puede llegar a ser aceptado con anterioridad a la celebración de la junta de la fase de convenio (cfr.art.115.3 LC).

Pero pese a esa indudable presencia de la tramitación en forma escrita del convenio, no contenía la LC una explícita referencia a esta forma de tramitación. Es lo que ahora se subsana con la reforma. Interesa subrayar sin embargo que junto a la tramitación escrita propiamente dicha que ahora se establece permanece esa forma para llegar a concluir un convenio en los supuestos previstos hasta ahora por la ley que no ha sufrido alteración a ese respecto.

Aunque la nueva previsión legal sobre la forma de tramitación del convenio es digna de alabanza, no lo es tanto que se imponga un límite cuantitativo como umbral para su pertinencia. En esto hay un claro retroceso respecto de lo que se disponía bajo el régimen del Código de comercio para la tramitación del convenio en la quiebra de las sociedades para la que se imponía la tramitación escrita sin que quedara margen para el juicio discrecional del juez de dirigir la tramitación en forma oral o escrita; la ley imponía esta última. Por consiguiente, también en esto puede percibirse un retroceso respecto del régimen codificado. Según el art.111 reformado de la LC, el juez *podrá* acordar la tramitación escrita, sin que, por lo demás, se le suministre ningún criterio para su decisión pues el de que el número de

acreedores sea superior a trescientos parece ser tan solo la condición para que el juez pueda ejercer su elección. Tampoco se atiende al valor que cabe conceder a la solicitud del deudor y de la administración concursal. Son estos lunares de la reforma, que no acaba por transitar de manera decidida por el camino de hacer más factible la consecución de un convenio que, sin duda, se facilita siempre que se sigue la forma escrita o, al menos, con ella se evitan los obstáculos, a veces insalvables, que se derivan de su tramitación en junta. Por esta razón, nos inclinamos por una interpretación favorable a la tramitación escrita sin más que considerar el número de acreedores.

Recuérdese que, como se ya se ha dicho antes, la apertura de la liquidación anticipada ex art.142 bis LC deja sin efecto las propuestas de convenio que estuvieren admitidas por lo que deberá suspenderse su tramitación.

4.-La tramitación escrita del convenio.

El art.115 bis que se introduce en la LC por el R.D-L 3/2009 contiene el régimen de los trámites en el caso de que sean escritos. Por lo pronto, en el auto por el que se acuerde la tramitación escrita, que, recordémoslo, es el previsto en el art.111 LC, y de conformidad con ese precepto el juez señalará el plazo dentro del que se deben presentar las adhesiones o los votos contrarios a las propuestas de convenio. Según el art.115 bis LC, el plazo será de noventa días a partir de la fecha del auto.

Es digno de ser subrayado que la tramitación escrita sustituye a la oral en fase de convenio por lo que, de un lado, la reforma legislativa solo se extiende hasta donde es necesario por imponerlo la nueva forma de tramitación que excluye la celebración de junta de acreedores, y, de otro, y puesto que la LC conoce y trata ya una forma de tramitación escrita -la que se efectúa en fase común sobre una propuesta anticipada-, todos los preceptos referidos a esa forma han de tenerse en cuenta también ahora. En este sentido, es de subrayar que el propio art.115 bis LC se remite en ocasiones a otros preceptos de la ley que no han sido reformados.

Tal sucede con referencia a las propuestas de convenio. Según el art.115 bis LC, se pueden presentar propuestas de convenio hasta los sesenta días anteriores al vencimiento de los noventa de que se dispone de acuerdo con el auto que ordena la tramitación escrita. De acuerdo con el mismo precepto, y pese a su deficiente formulación en este punto, para saber quién está legitimado para presentar propuestas habrá de estarse a lo previsto en el art.113 LC. A él, pues, nos remitimos y, en particular y debido a su falta de claridad, reiterando, bien que adaptado al caso, el punto de vista que ya se expresó antes, de que el deudor puede presentar propuesta de convenio para ser tramitada de forma escrita en los términos del art.115 bis LC aunque hubiese presentado propuesta anticipada de convenio.

Es claro que las propuestas siguen el régimen general de admisión a trámite como si fueren a ser tramitadas en forma no escrita. Y a estos efectos deben ser evaluadas por la administración concursal según lo dispuesto en el art.115 LC. A partir de que se ponga de manifiesto el escrito de evaluación en la secretaría del juzgado se admitirán las adhesiones o votos en contra de las

propuestas con el límite temporal de los noventa días a contar de la fecha del auto que se dijo antes.

No tenía que decir el repetido art.115 bis LC que para los requisitos y forma de las adhesiones habrá de estarse a lo dispuesto en el art.103 LC, pues eso es algo incontestable. Pero es erróneo referirse a este último precepto por lo que toca a la revocación de las adhesiones, puesto que el art.103 LC guarda silencio sobre ello. De la revocabilidad solo habla el art. 108 LC, vinculándola a supuestos bien concretos y exigiendo unos requisitos de tiempo, ahora no exigibles por razones obvias, y de que conste expresamente la revocación que ahora sí pueden exigirse y que deberá hacerse explícita, por indicación del art.115 bis LC en lo forma que establece para las adhesiones el art.103 de la misma ley. Según el nuevo precepto, la revocación será válida si se produce dentro el plazo de noventa días.

La tramitación escrita del convenio no influye en su naturaleza ni en su eficacia, por eso mismo es perfectamente natural que el art.115 bis LC disponga que, a efectos de ponderar la formación de la voluntad común de la masa pasiva en relación con el convenio tramitado por escrito, se aplicaran los arts.122 a 125 de la LC.

Representa una notable novedad abrir la posibilidad de juego a los votos contrarios a la propuesta tanto como a los votos favorables que es lo que en definitiva representan las adhesiones. La previsión legal es oportuna toda vez que la mayoría se determina en ocasiones poniendo en relación los votos favorables con los votos en contra. Si no se diera oportunidad de emitir el voto contrario en el caso de la tramitación escrita no podría quedar establecida la mayoría simple en ningún caso, cosa que, por cierto, ya se denunció en su momento como una imperfección de la ley por lo referente a todos los casos en que se tramitara el convenio sin intervención de junta de acreedores. El R.D-L 3/2009 modifica el art.124 LC para hacerle recoger la adaptación de las mayorías al caso de tramitación escrita pero sin alterar las que ya venían establecidas en el texto originario. Pero se aprovecha la modificación del precepto cabalmente para justificar la necesidad de manifestar por escrito el voto en contra para considerarlo como tal, lo que sin duda es acertado. No nos lo parece, en cambio, que el nuevo art.124 LC se remita al art.108 LC porque es inaplicable por lo que se refiere al tiempo hábil para la manifestación de las adhesiones y de los votos contrarios y también lo es por lo que toca al tiempo en el que debe producirse la revocación de la adhesión para ser válida.

También el art.115 bis LC se remite a lo dispuesto en el art.121 LC en lo referente al orden en que se ha de proceder en la verificación de las adhesiones (y debería añadir, de los votos contrarios) respecto de cada una de las propuestas de convenio si hubiese varias. Y mantiene que, alcanzada la mayoría por una de ellas, no se pasará a examinar las restantes.

Se concede al juez un plazo de diez días para proceder a la verificación de si se ha obtenido mayoría y proclamar mediante providencia el resultado, plazo que se contará a partir de la finalización de los noventa días de que se dispone para adherirse, votar en contra o revocar una y otra cosa. Obtenida la mayoría, se abrirá la posibilidad de rechazar de oficio el convenio así como de oponerse a él en los términos de los arts.128 a 132 LC, y si ni una cosa ni otra se produjere, el juez en el plazo de cinco días siguientes al final del plazo para oponerse, dictará sentencia aprobatoria del convenio. Todo ello se dispone en el art.115 bis LC.

Finalmente es útil indicar en este momento que, en correspondencia con la nueva forma de tramitación del convenio, se modifica el número 2º del art. 143 LC en el sentido de añadir al supuesto allí previsto hasta ahora el de que no se hubiere aceptado el convenio en tramitación escrita. Así se dispone en el art.10.12 del R.D-L 3/2009.

5.- El contenido del convenio.

El legislador ha encontrado que la ocasión era propicia para reformar el discutido art.100 LC que, como es sabido, se refiere al contenido del convenio en cuanto expresa los límites, por eso mismo legales, dentro de los que debe mantenerse. Pero también en este punto la reforma es de escaso aliento aunque necesaria.

Necesaria lo era para eliminar la contradicción en que incurrían los arts. 100 y 104 LC en punto al requerimiento de un informe de “la Administración económica competente” a efectos de poder superar excepcionalmente los cinco años de espera o el cincuenta por ciento de quita que son los límites cuantitativos máximos previstos por el art. 100 LC. Ahora este precepto elimina el requisito de contar con ese informe administrativo equiparándose en esto al art. 104 LC.

Ante las críticas, no siempre motivadas a nuestro juicio, que suscita el art.100 LC, es innegable que la reforma resulta mínima. Pero ello no obstante no debe tampoco minusvalorarse. Evita, de un lado, la contradicción con otro precepto de la propia ley, como acaba de decirse, y, de otro, elimina complejas cuestiones acerca de la determinación de la Administración competente con el consiguiente alivio de trámites, y de trámites de singular dificultad como la experiencia ha puesto de relieve.

6.-La oposición a la aprobación del convenio.

Por razones técnicas de concordancia y plenitud, el R.D-L se ve precisado a reformar los arts.128 y 129 LC para adaptar el régimen de oposición a la aprobación judicial del convenio al supuesto de que se haya tramitado por escrito. Siendo esta la exclusiva finalidad, ya se comprende que las modificaciones son de detalle y en ningún modo significativas respecto del régimen establecido por aquellos preceptos antes de ser reformados.

En general puede decirse que en el art.128 LC todo se reduce a mencionar el caso de que el convenio se haya tramitado en forma escrita y asimilarlo entonces al supuesto de que fuere resultado de una propuesta anticipada de convenio. La asimilación está justificada por razones obvias y además parece bastante ya que no se acomete una reforma “en profundidad” del censurable sistema de oposición al convenio previsto por la ley.

Por lo que se refiere a la tramitación de la oposición a que se refiere el art.129 LC, su modificación es, sin duda, de mayor calado pues el precepto ha tenido que ampliar, como es natural, el criterio de la “doble oportunidad”, establecido para el convenio no adoptado sobre una propuesta anticipada, al supuesto de que se adopte por escrito. Pero la reforma no llega a

esclarecer todos los puntos débiles del tratamiento de la tramitación que presenta la ley y que fueron oportunamente objeto de crítica. Se limita el nuevo art.129 LC a establecer que en la sentencia que estime la oposición por infracción legal en la tramitación escrita del convenio podrá el juez convocar una junta o acordar una nueva tramitación escrita por plazo no superior a treinta días.

7.- Derecho transitorio.

Las urgencias de los cambios legislativos se traducen en la Disposición transitoria sexta. Declara aplicable la modificación sobre el contenido del convenio (art.100.1 LC) a todas las propuestas de convenio que se presenten con posterioridad a la vigencia del R.D-L (31 de marzo último), es decir se aplicara a los concursos en tramitación. La tramitación escrita del convenio se aplicará a todos los concursos en los que no se haya dictado el auto de convocatoria de la junta, y aun para este caso, se confiere al juez la facultad de sustituirla por la tramitación escrita si el numero de acreedores excediere de mil.

13 abril 2009