



Las reformas sobre el régimen del contenido del convenio

Autor/a

Teodora Jacquet Yeste

Profesora Doctora de Derecho Mercantil. Universitat de Girona.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 11

Páginas 46-49

revistalexmercatoria.umh.es

La Exposición de Motivos de la LC afirmaba que la autonomía privada de las partes gozaba en el convenio de una gran amplitud, reflejando esta declaración, junto con otros elementos normativos de la misma Ley, la preferencia del legislador por una solución pactada entre las partes, frente a una solución no negociada entre ellas, puesto que las partes son las mejor situadas para proteger sus intereses y determinar qué les conviene más. Sin embargo, lo cierto es que aquella autonomía se veía limitada por la disciplina imperativa sobre el contenido del convenio, especialmente por el art.100 LC, que en su redacción original establecía unos límites y prohibiciones que, injustificadamente, contradecían la proclamada autonomía de las partes. Con todo, la realidad

ha acabado imponiéndose y el legislador, ante la experiencia acumulada durante los últimos años de crisis económica y de multiplicación de concursos de acreedores así como ante la constatación de la ineficacia del régimen del contenido del convenio en algunos aspectos, se ha visto obligado a modificarlo en numerosas ocasiones, tanto respecto al contenido pretendidamente imperativo del convenio como al prohibido y al facultativo.

La primera modificación que sufrió el art.100 LC tuvo que ver precisamente con el aspecto más criticado del régimen del contenido del convenio, esto es con los límites a las quitas y las esperas que originariamente fijaba aquel precepto. Las proposiciones de quita no

podían exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que aprobase el convenio. Se trataba de unos límites fijados por el legislador de forma convencional y sin que respondiesen a una justificación vinculada a la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del concursado y que no aseguraban que por la vía de la liquidación se consiguiese una satisfacción cuantitativa de los acreedores superior a la que podrían obtener con un convenio no sujeto a los límites legales. La reforma de este aspecto del contenido del convenio se inició con el RDL 3/2009 [Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica], que eliminó la exigencia del informe emitido por la Administración económica competente que había de acompañar el plan de viabilidad para permitir la superación de aquellos límites en concursos de empresas cuya actividad tuviese especial trascendencia para la economía. Pero fue a través del RDL 11/2014 [Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal] que se eliminaron definitivamente aquellos límites, ante la evidencia que podían contribuir a abocar a la liquidación a sociedades cuyos activos tenían mayor valor conjunto que por separado o vinculados al concursado que sin él.

Otra de las críticas que había sufrido el régimen del contenido del convenio era la relativa a la prohibición de incluir en la propuesta de convenio la cesión de bienes del deudor. En la redacción original del art.100 LC se establecía que en ningún caso la propuesta podía consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para paso de sus créditos, si bien la doctrina interpretaba esta prohibición como referida únicamente a aquellas cesiones que comprometían la continuidad

de la actividad empresarial o profesional del deudor. Con todo, y aunque esta prohibición parecía coherente con la finalidad conservativa del convenio, existían dudas sobre su consistencia con la consecución de la máxima satisfacción de los acreedores, quienes, ante esta prohibición, se veían obligados, cuando no llegaban a un acuerdo con el deudor para solucionar sus problemas de solvencia que conllevara la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, a acudir a la fase de liquidación, que podía acabar siendo una solución más costosa y menos beneficiosa para los acreedores que un convenio liquidativo pactado entre el deudor y sus acreedores. Ante esta perspectiva, la Ley 38/2011 [Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal] introduce una excepción a aquella prohibición, en relación al art.155.4 LC, referido a la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, admitiendo pues en sede de convenio este tipo de cesiones. Finalmente, y ante la insuficiencia de aquella excepción y con la clara voluntad de facilitar estas cesiones por las razones expuestas, en la reforma operada por el RDL 11/2014 la prohibición referida a las cesiones de bienes y derechos del concursado como contenido del convenio se elimina y pasa a admitirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor y que su valor razonable sea igual o inferior al crédito que se extingue, prohibiéndose, eso sí, la cesión en pago a los acreedores públicos.

El contenido prohibido del convenio en virtud del art.100 LC se extendía, originariamente, a cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, así como también a la alteración de la clasificación de créditos y de la

cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudiesen pactarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada y sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 del art.100 LC. La Ley 38/2011 elimina esta última referencia al apartado 5, en virtud del cual los créditos que se concedían al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfacían según los términos fijados en el convenio. Pese a ello, los créditos que se conceden al concursado para financiar el plan de viabilidad siguen satisfaciéndose en los términos fijados en el propio convenio, con lo que se sigue admitiendo, a pesar del cambio introducido, la posibilidad de que a través del convenio pueda alterarse aquella clasificación. Asimismo, en base a la reforma de la Ley 38/2011 se añade expresamente la cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada a la fusión y escisión como excepciones a la prohibición de alteración de la clasificación y cuantía de créditos, no contemplada inicialmente por la LC, a pesar de que su admisión como contenido del convenio no planteaba ninguna duda.

En cuanto al contenido facultativo de la propuesta de convenio, es objeto de modificación en lo relativo a la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o créditos participativos. Inicialmente la LC sólo hacía mención, de forma muy parca, a la conversión en los instrumentos mencionados. A través del RDI 11/2014, y siguiendo la evolución del contenido de la Disposición adicional cuarta LC, la conversión se amplía a otros instrumentos, como obligaciones convertibles, créditos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o a cualquier otro de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Se añade, asimismo, un párrafo en el apartado 2 relativo al acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para

la capitalización de créditos en caso de conversión de créditos en acciones o participaciones, que deberá suscribirse por la mayoría prevista para las SA y SRL en los arts.198 y 201.1 LSC.

También en relación a la enajenación de bienes y derechos como posible contenido del convenio, el RDL 11/2014 introduce la remisión al régimen que debe aplicarse a estas enajenaciones, previsto en el art.146 bis LC. Y al mismo tiempo se elimina la referencia a que dichas proposiciones incluyan necesariamente, además de la asunción por parte del adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte, el pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio, puesto que el art.146 bis LC, aplicable a estas enajenaciones, establece, en aras a facilitar y fomentar las transmisiones de empresas y fomentar el mantenimiento de la actividad empresarial, que la transmisión no lleve aparejada la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión.

Por último, la reforma más reciente sobre el régimen del contenido del convenio ha sido llevada a cabo por la Ley 9/2015 [Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal] con respecto a la introducción de proposiciones adicionales por un lado y los acreedores que pueden quedar afectados por dichas proposiciones además de las alternativas por otro. Así, la nueva redacción del art.100.2 LC admite como posible contenido del convenio, además de las proposiciones alternativas, proposiciones adicionales a las quitas o esperas. El carácter adicional, y no meramente alternativo, de las proposiciones no es un cambio irrelevante sino que tiene consecuencias significativas puesto que permite imponer dichas proposiciones a los acreedores ordinarios y subordinados (no a los acreedores

públicos), a diferencia de lo que sucede con las propuestas alternativas, respecto de las cuales los acreedores a quienes van dirigidas tienen la facultad de elegir cuál debe cumplir el deudor y por consiguiente respecto de las cuales los acreedores han de prestar su consentimiento.

Por otro lado, estas proposiciones pueden afectar, según la nueva redacción dada al art.100 LC por la Ley 9/2015, a todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores. La novedad consiste en la incorporación de la clase de acreedores como posible afectada por las proposiciones alternativas o adicionales. En la redacción originaria del precepto, el contenido alternativo sólo podía ir dirigido a todos los acreedores o a los de una o varias de las clases de acreedores establecidas en la propia LC, redacción que parecía exigir, injustificadamente, que los contenidos alternativos se ofreciesen necesariamente a todos los acreedores de una misma clase, sin que se admitiese la posibilidad de ofrecerlos únicamente a algunos acreedores determinados dentro de la misma. La reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011

eliminó la referencia a la clase de acreedores para admitir explícitamente que las proposiciones alternativas se dirigiesen a todos o algunos de los acreedores. Finalmente, la Ley 9/2015 amplía definitivamente el ámbito subjetivo de aplicación de las propuestas con contenidos alternativos y adicionales, pudiendo afectar a todos o algunos de los acreedores o incluso a alguna o algunas clases de acreedores.

En conclusión, todas estas modificaciones que se han ido introduciendo en el régimen del contenido del convenio recogido en el art.100 LC a lo largo de estos años de reformas constantes de la LC vienen a confirmar que las limitaciones y prohibiciones existentes en la redacción originaria del mismo precepto y que suponían una clara restricción a la autonomía negocial de las partes no servían a la finalidad conservativa de la actividad empresarial o profesional propia del convenio ni en definitiva a la obtención de la mejor satisfacción de los acreedores.