

PROPUESTAS CON CONTENIDO ALTERNATIVO Y PROPOSICIONES ALTERNATIVAS: EL EFECTO ARRASTRE DE LA REFORMA 11/2014

Enrique Sanjuán y Muñoz. Magistrado.

¿Hay alguna diferencia de conceptos entre las propuestas de contenido alternativo (art. 102 LC) con las proposiciones alternativas (100.2 LC)? Lo digo porque el efecto arrastre que pregona la reforma producida por el RDL 11/2014¹ puede no llegar a ser tal si se llega a considerar que los conceptos no difieren y que por lo tanto existe una opción (y así debería contemplarse) para que el acreedor decida por cual de dichas propuestas debe decantarse. Sobre ello la STS de 25 de octubre de 2011² ya se pronunció al señalar (FJ 3º): “Con otras palabras, el que las propuestas alternativas deban ir destinadas a todos los acreedores o a los de alguna o varias clases no significa que la voluntad de cada declarante no sirva para regular en el futuro su específica relación con la proponente, dentro de su oferta, sino tan sólo para integrar la del colegio formado con los demás acreedores a los que las alternativas se dirigen, conforme a la ley de la mayoría. Ninguna norma impone el triunfo, exclusivo y para todos, de aquella propuesta alternativa que hubiera sido aceptada por la mayoría del colectivo al que estaba dirigida. Por otro lado, las ventajas que se derivan de una mejor adaptación de la oferta a los intereses de los singulares destinatarios, justifica que, aprobado el convenio con propuestas alternativas, cada acreedor pueda elegir cualquiera de ellas, de modo que la misma, aunque no resulte la querida por todos los demás, sea la que regule en lo sucesivo la relación de obligación que le une a la ofertante. Es cierto que el convenio se logra mediante la aplicación del método colegial, ya que la voluntad única de aceptar se obtiene conforme a la ley de mayorías - artículo 124 -, con el fin de que vincule a la totalidad aunque hubiera habido discrepancias. Pero, esas reglas, simplemente, no rigen respecto de las propuestas alternativas, que responden a un criterio diferente.”

Algo debe haber cambiado que transgrede lo previsto en el artículo 1.166 del Código Civil cuando señala que “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”, por un lado y el artículo 100 LC utilice el verbo imponer (impondrá) para negar que las medidas previstas para el contenido del convenio no se puedan imponer a los acreedores públicos.

Ciertamente que la defectuosa (y parcheada) regulación ha dejado vivo lo dispuesto en el artículo 134.1.2º LC (Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos) y parece dejarles opción de elección en supuestos de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o créditos participativos; supuestos estos previstos en el artículo 100.2 (vs. 124 LC) como novedosos tras la reforma. Y si estos- los subordinados- tienen esa opción no sería explicable que no la tuvieran, por lo demás, el resto de los acreedores.

Claro que el 100.1 LC parte esencialmente del verbo “deberán” como si todos los convenios debieran tener quitas y esperas o ambas y no pudiera concretarse un convenio como supuesto de pago completo. A ello le añadimos (la pillería nos llevaría en caso de esta interpretación literal a fijar quitas ínfimas) que el apartado segundo del citado precepto no se limita a una regulación impositiva sino que recoge- literalmente- lo siguiente: “La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos”. ¿Además? Claro la incertidumbre ya está creada.

¹ Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

² ROJ 7175/2011.

Si contrastamos esta reforma con la realizada por el RDL 4/2011 en lo referente a la DA 4ª LC lo cierto es que el resultado no debería ser muy diferente en cuanto al arrastre que pretende la norma. No por ello la propia exposición de motivos del RD 11/2014 señala que:

1º. Respecto al convenio concursal, se introducen previsiones análogas a las de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (en redacción dada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo).

2º. El cuarto aspecto de las modificaciones de los convenios concursales se refiere a las votaciones y mayorías en el convenio y a la ampliación de la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias. Se levanta la limitación general que con anterioridad existía para los efectos del convenio (quitas del 50 por ciento y esperas de cinco años) pero para superar dichos límites se exige una mayoría reforzada del 65 por ciento. Se introduce igualmente la regla ya aprobada respecto a los convenios pre-concursales en lo referente a las mayorías máximas exigibles para los pactos de sindicación, que será del 75 por ciento (artículo 121.4).

Entonces deberíamos distinguir entre propuestas de convenio con contenidos alternativos que se sitúan y prevén en el artículo 102 LC para ofrecer a todos o a algunos de los acreedores la facultad de elegir entre varias alternativas y proposiciones alternativas del 100.2º LC para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos.

Las primeras no estarían limitadas por el contenido del convenio, serían facultativas a elección del acreedor en los plazos y formas previstos en la propia norma y no conllevarían arrastre sino asunción voluntaria en los términos previstos en la citada STS de 2011. Cuando estas recojan, por aplicación del art. 134.1.2º LC la conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, la opción es la regla que rige la relación jurídica del deudor con cada acreedor.

Las segundas (que tampoco estarían limitadas a la vista de la preposición “entre” que la norma recoge) se sujetan a lo que señala el segundo precepto y sujetas a las mayorías de arrastre de los artículos 124 y 134 LC: Entre las proposiciones alternativas, se podrán incluir las ofertas de 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.

Junto a esas también tendríamos otras proposiciones que concretan e imponen con otras limitaciones:

1. Proposiciones de enajenación: También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 146 bis. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.
2. Proposiciones de cesión en pago o para pago: 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 y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.

Desde esta perspectiva tendríamos:

1. Propuestas del convenio referidas a quitas, esperas o ambas. (100.1 LC)
2. Propuestas alternativas del artículo 102 LC.
3. Propuestas condicionadas del artículo 104 LC.
4. Proposiciones alternativas del artículo 100.2º LC.
5. Propuestas complementarias (situadas en otros apartados del 102 LC).

Quedaría todavía por conciliar lo previsto en el artículo 104.2 LC a los efectos del convenio anticipado: “En caso de presentación de propuesta anticipada de convenio, cuando se dé el supuesto previsto en el número 5 del artículo 100, siempre que el plan de viabilidad contemple expresamente una quita o una espera superior a los límites previstos en el apartado 1 de dicho artículo, el juez podrá, a solicitud del deudor, autorizar motivadamente la superación de los límites que para el convenio se establecen en esta Ley.” Y por ello entender que suprimido del apartado primero del artículo 100 los límites del 50% de quitas y 5 años de espera para la exigencia de autorización judicial es evidente que la citada referencia quedó obsoleta y por ello inútil en el actual planteamiento. Todo ello con el problema añadido de la valoración del artículo 90.4 LC en relación a ese posible contenido inicial que posteriormente podrá verse seriamente afectado de viabilidad.

Una vez determinado lo anterior deberíamos entrar a valorar la vigencia de lo anterior en relación a la disposición transitoria primera del RDL 11/2014. De conformidad a su apartado primero las afectaciones del convenio, mayorías y arrastres serán de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya emitido el informe de la administración concursal. La interpretación de qué es ese informe y a cual se refiere puede tener notoria trascendencia y graves consecuencias en virtud de la necesidad o no de la aplicación de las nuevas reglas o, por otro lado, de la adecuación del informe definitivo a lo previsto, en su caso, en la reforma. Por otro lado igualmente, lo dispuesto en el número 8 del apartado uno del artículo único (reforma del 134) será aplicable a los procedimientos concursales a que se refiere el párrafo anterior (disposición adicional segunda ter referida a concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las administraciones públicas) en los que no se hubiera abierto la fase de liquidación. Cuando en los procedimientos a que se refiere este apartado hubiera precluido el plazo legalmente establecido para presentar propuesta de convenio pero aún no se hubiera abierto la fase de liquidación, o se hubiera iniciado el cómputo de dicho plazo, el Juez del concurso dictará resolución concediendo nuevo plazo para presentar propuestas de convenio.

Por último la disposición transitoria tercera parece también recoger el carácter vinculante de las proposiciones cuando recoge la posibilidad de que en caso de incumplimiento en los dos años siguientes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, el deudor o los acreedores que representen al menos el 30 por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento puedan solicitar la modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por el mismo. La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de modificación y por ello parece referirse a modificar solo lo ya acordado pero con los contenidos ahora previstos, los requisitos en ellos regulados y las mayorías reforzadas que en la misma se recogen. La cuestión determinará la apertura de la sección de calificación a partir de una doble consideración: 1. Entender que es gravoso en el conjunto de las quitas y/o esperas de ambos convenios. 2. Entenderlo conforme al segundo. En cualquier caso partiendo de un incumplimiento que de por sí abriría esta calificación pero que sin embargo no se ha recogido.