

En Santander, a 19 de junio del 2015.

Vistos en trámite de apelación ante esta Audiencia Provincial sección 4 de Cantabria los presentes autos de Concurso ordinario nº 279/11, Sección 5ª, Rollo de Sala nº 0000193/2015, procedentes del Juzgado Mercantil Nº 1 de Santander. En esta segunda instancia ha sido parte apelante la mercantil “Real Racing Club de Santander, S.A.D.” representada por la Procuradora Dª Cristina Dapena Fernandez, y defendida por el Letrado D. David González Pescador; y parte apelada-adherida la mercantil “Inmoarrabi Promociones Dos S.L.”, representada por el Procurador D. Raúl Vesga Arrieta, y asistida del Letrado D. Paulo Ruiz Hourcadette.

Es ponente de esta resolución la Ilma. Sra. Magistrado Dña. Maria del Mar Hernández Rodríguez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil Nº 1 de Santander, en los autos de referencia, se dictó sentencia con fecha 05 de marzo del 2015, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Deniego la modificación del convenio de acreedores de la concursada Real Racing Club de Santander S.A.D.”.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia la representación de la ya reseñada parte apelante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia; y tramitado el mismo se remitieron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido, por turno de reparto, a esta Sección, donde tras la deliberación y el fallo del recurso, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia que rechazó la modificación del convenio de la concursada invocando como motivo la

conurrencia de las mayorías necesarias para su aprobación. Con carácter previo a entrar en el examen de si efectivamente concurren o no las mayorías exigidas legalmente para la modificación del convenio es necesario un doble camino. Por un lado, precisar el régimen jurídico aplicable. En segundo lugar, concretar la interpretación jurídica del mismo en relación a un doble aspecto, las exigencias de mayorías y los efectos de la modificación. Únicamente tras superar los dos pasos anteriores será posible analizar si, a la vista de las actuaciones y tras su examen, concurren o no los requisitos para aprobar la modificación del convenio. En una ulterior fase, de ser negativa esta respuesta, cabría plantearse los efectos que tiene la no aprobación de la modificación de conformidad con el régimen legal aplicable.

SEGUNDO.- Régimen jurídico aplicable. El Real Decreto-ley 11/2014 introdujo nuestro derecho como novedad en su disposición transitoria tercera la posibilidad de modificar el convenio aprobado judicialmente e incumplido por la concursada. A su vez, la reciente Ley 9/2015, de 26 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y que trae causa de aquél Real Decreto-ley, se ocupa igualmente en su disposición transitoria tercera de la modificación del convenio, introduciendo un régimen jurídico diferente a la redacción contenida en el Real Decreto-ley 11/2014. En ambos casos el fundamento es el mismo, evitar que el incumplimiento del convenio aboque necesariamente a la liquidación y permitir que los deudores concursados puedan acogerse al nuevo contenido del convenio que introducen ambas normas. Aquí resulta aplicable el Real Decreto-Ley 11/2014, vigente en el momento en que se presentó la propuesta de modificación del convenio, sin que la reforma sobrevinida por la Ley 9/2015 pueda suponer el cambio del derecho aplicable.

TERCERO.- Mayorías exigidas.

La segunda cuestión es la fijación de la interpretación de dicha disposición transitoria 3ª del Real Decreto-ley 11/2014 en relación a los requisitos para la modificación del convenio. Según el apartado 3

“3. De la solicitud se dará traslado, según los casos, al deudor y a los acreedores que no la hubieran formulado para que en el plazo de diez días manifiesten si aceptan o se oponen a la modificación propuesta. Para entenderse aceptada la modificación, deberán adherirse los acreedores que representen las siguientes mayorías de pasivo:

a) En el caso de acreedores ordinarios:

1.º El 60 por ciento para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.a).

2.º El 75 por ciento para adoptar las medidas previstas en el artículo 124.1.b).

b) En el caso de acreedores privilegiados:

1.º El 65 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2 para la modificación de las medidas previstas en el apartado a) 1.º anterior.

2.º El 80 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2, para la modificación de las medidas previstas en el apartado a) 2.º anterior. El cómputo de las anteriores mayorías se calculará de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 134". La interpretación de esta norma ha de realizarse de manera concordante con los apartados 4 y 5 según los cuales

"4. El juez dictará sentencia aprobando o denegando la modificación del convenio en el plazo de 10 días. Solo podrá aprobar la modificación cuando las medidas propuestas garanticen la viabilidad del concursado. Si se aprobase la modificación, sus efectos se extenderán a los acreedores con créditos privilegiados u ordinarios que no se hubiesen manifestado a favor de la misma y a los acreedores subordinados.

5. Lo previsto en esta disposición no será aplicable a los acreedores públicos, que quedarán excluidos del cómputo y de las mayorías previstas en este precepto". Entendemos que con ello se establece una doble exigencia para considerar aceptada la modificación del convenio en relación, cada una de ellas, con los acreedores ordinarios y privilegiados. En cuanto a los primeros, se exige que sea aceptada mediante adhesión por el 60 ó el 75% en función del contenido del convenio. Respecto a los segundos, se exige la adhesión de acreedores privilegiados que representen el 65 ó el 80%, según los casos, de cada una de las clases de acreedores previstas en el art. 94 LC, esto es, laborales, financieros y resto de privilegiados salvo los públicos. Se trata de requisitos acumulativos y, por lo tanto, resultará preciso que se alcancen ambas mayorías, sin que en caso contrario pueda modificarse el convenio. Esta interpretación consideramos que es la correcta, en primer lugar, atendiendo al propio tenor de la ley que se refiere a ambas mayorías como necesarias para la aprobación de la modificación del convenio. En segundo término, puesto que cuando la DT 3ª se remite al art. 134.3 LC lo hace de manera exclusiva a los efectos del cómputo de dichas mayorías pero no para la determinación de los efectos de la aceptación por dichas mayorías, extensión o facultad de arrastre. Esto es, en el art. 134.3 LC se regula, por un lado, el modo en que han de ser computadas las mayorías de los acreedores. Por otro, los efectos de la aprobación del convenio por dichas mayorías. Sin embargo, de ambos aspectos, la disposición transitoria 3ª

del Real Decreto-Ley 11/2014 únicamente se remite en cuanto al primero, esto es, al modo de cómputo de dichas mayorías. En cambio, en relación a los efectos de la aprobación del convenio por esas mayorías no hay remisión sino que está expresamente previsto en la en el apartado 4 de la propia disposición transitoria. Esta regla, a su vez, se ha mantenido invariable en la nueva disposición transitoria 3ª de la Ley 9/2015. En consecuencia, el legislador ha querido que la modificación del convenio que impide la apertura de la fase de liquidación a pesar del incumplimiento del inicialmente aprobado, cuente con el mayor respaldo posible de los acreedores y por ello exige su aceptación por la mayoría de los acreedores ordinarios y privilegiados. En consonancia con lo anterior, si la modificación del convenio incluye quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, esperas ya sea de principal, intereses o cualquier otra cantidad con un plazo no superior a cinco años o la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo, resultará preciso para entenderla aceptada por los acreedores, que se adhieran a la misma el 60 por ciento de los acreedores ordinarios así como el 65 por ciento del pasivo de cada clase de los acreedores privilegiados prevista por el artículo 94.2 LC. En cambio, cuando la modificación incluya esperas con un plazo superior a cinco años, quitas superiores a la mitad del importe del crédito, la conversión de deudas en préstamos participativos o las demás incluidas en el art. 100 LC, será necesario la adhesión del 75 por ciento de los acreedores ordinarios y del 80 por ciento del pasivo de cada clase de los acreedores privilegiados prevista por el artículo 94.2 LC.

CUARTO.- Efectos de la modificación del convenio. La siguiente cuestión es la relativa a los efectos de la modificación del convenio y su extensión. Los recurrentes utilizan como argumento en su recurso que ni el convenio en su día aprobado ni la modificación del convenio extiende sus efectos a los acreedores privilegiados, vinculando esto con la no necesidad de su apoyo a la modificación pretendida. A su vez, insisten en ello en el traslado efectuado por esta Sala. Sin embargo, es argumento no puede ser acogido. La extensión de los efectos del convenio y de la modificación del convenio a los acreedores es una cuestión de orden público, excluida de la voluntad de deudor y acreedores. Por ello, es el legislador el que regula de manera expresa y sin ser susceptible de modificación ni disposición por las partes de esta cuestión.

A su vez, la novedosa “facultad de arrastre” consistente en la posibilidad de extender los efectos del convenio aprobado a los acreedores privilegiados disidentes, esto es, a los que no votan a favor ni se adhieren a la propuesta de convenio, constituye igualmente una norma de ius cogens o imperativa, no susceptible de ser excluida en el convenio. Por ello, cuando un convenio cuenta con el apoyo de los acreedores privilegiados que alcancen las mayorías prevista en el art. 134 LC, sus efectos se extenderán en los términos que se recogen en dicho precepto, sin que ello pueda ser excluido. De igual manera, los efectos y la facultad de arrastre de las modificaciones del convenio se regulan de manera expresa y no susceptible de modificación en la Disposición Transitoria 3ª del RDL 11/2015 aquí aplicable. En ella se establece que sus efectos se extenderán a todos los acreedores privilegiados, ordinarios y subordinados. En concreto se establece en el párrafo segundo del apartado 4 que “si se

aprobase la modificación, sus efectos se extenderán a los acreedores con créditos privilegiados u ordinarios que no se hubiesen manifestado a favor de la misma y a los acreedores subordinados”, excluyéndose en el apartado 5 a los acreedores públicos. Sin embargo, esta norma tiene notables diferencias con el art. 134 LC. En el art. 134 LC al ocuparse de la facultad de arrastre del convenio a los acreedores privilegiados, distingue ésta en relación con los acreedores de cada una de las clases incluidas en el art. 94.2 LC y para extender los efectos exige que se haya aceptado por las mayorías que se establecen según los casos de los acreedores privilegiados de cada clase. Por ello, resulta perfectamente admisible que los efectos del convenio se extiendan solamente a acreedores de una de dichas clases, por ejemplo, trabajadores o acreedores financieros y no a los de otras. Todo ello como consecuencia de que el voto a favor o adhesión al convenio por estos acreedores privilegiados no es necesario para considerarlo aceptado, bastando para ello que se cumplan las mayorías de los acreedores ordinarios, teniendo únicamente relevancia el apoyo de los acreedores privilegiados para extender sus efectos a otros de su misma clase. En cambio, el régimen de la DT 3ª es diferente. En él se prevé la extensión de los efectos de la modificación del convenio a todos los acreedores privilegiados, con la excepción de los acreedores públicos. Ninguna diferencia se realiza en alusión a los acreedores de cada una de las clases incluida en el art. 94.2 LC y ello obedece a que para considerar aceptada la modificación del convenio resulta necesaria la adhesión a la misma de la mayoría exigida, según los casos, de los acreedores privilegiados de cada una de dichas clases (financieros, laborales y resto, con exclusión de la clase relativa a los acreedores públicos), y una vez aceptada la modificación y aprobada judicialmente, sus efectos se extienden a todos los acreedores privilegiados salvo los públicos, sin que ello pueda ser evitado. Una consecuencia de esto es que el acreedor que resulta titular de un crédito ordinario y además de un crédito privilegiado, cuando se adhiere a la modificación del convenio se adhiere tanto en relación a su crédito ordinario como en relación a su crédito privilegiado, aplicándose con ello un régimen distinto al del art. 123.2 LC. La justificación de esto se encuentra en que para aprobar el convenio únicamente resulta necesario el voto de la mayoría del pasivo ordinario y el voto del pasivo privilegiado tiene relación de manera exclusiva con la extensión de los efectos a los créditos privilegiados. En cambio, para aprobar su modificación es necesario el apoyo de la mayoría del pasivo ordinario y privilegiado, por lo que el acreedor que se muestra a favor de la modificación y se adhiere al convenio ha de entenderse que lo hace en relación a todo el pasivo del que es titular.

QUINTO.- Las claras diferencias entre el régimen aplicable a la aceptación y efectos del convenio y a la aceptación y efectos de la modificación del convenio puede considerarse que tiene su justificación en el carácter extraordinario de la modificación del convenio que priva a los acreedores, incluyendo a los privilegiados, de la posibilidad de interesar la liquidación a pesar de concurrir causa para ello, lo que justifica ese quórum reforzado exigido y la consiguiente extensión de los efectos de la modificación del convenio.

SEXTO.- Partiendo de lo señalado en los fundamentos de derecho anteriores ha de darse respuesta a dos de los argumentos esgrimidos por la recurrente. En primer lugar sostiene que únicamente cuenta la concursada con tres acreedores privilegiados. Sin embargo, del simple examen de la documentación aportada junto a la solicitud de modificación y, en concreto, la lista actualizada de acreedores (obrante en los folios nº1.738 a 1.742 y 1.756), analizada de manera comparativa con la lista de acreedores definitiva, laboriosa tarea realizada por esta

Sala, se comprueba que son muchos más que tres los acreedores privilegiados de la concursada. En segundo lugar, y en relación a la polémica en orden a si fue o no aceptado el convenio por acreedores privilegiados, lo que se extrae de los autos, se trata de una cuestión estéril puesto que como hemos visto, el régimen de la extensión de efectos del convenio es diferente al de la extensión de efectos de la modificación del convenio de la DT 3ª. En último lugar, el argumento de la recurrente relativo a que la modificación del convenio no se extiende a los acreedores privilegiados tampoco resulta admisible. Como hemos señalado, la extensión de los efectos del convenio es una cuestión de orden público que no puede ser modificada por las partes. Por ello, previéndose en la DT 3ª la extensión de los efectos del convenio a todos los acreedores privilegiados salvo los de derecho público, no es posible que en la modificación del convenio se limiten estos efectos.

SÉPTIMO.- Llegados a este punto, se plantea esta Sala la posible nulidad de actuaciones. En primer lugar, por no haberse requerido a la concursada para que subsanase la propuesta de modificación del convenio. En concreto, debió ser subsanada la limitación de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados puesto que los efectos de la modificación se extiende a todos los privilegiados salvo los de derecho Público y sin afectar a las garantías reales de los mismos, no ajustándose su contenido a la Disposición transitoria tercera del RDL 11/2014. En segundo lugar, por no haberse desglosado el pasivo privilegiado de la concursada, incluyéndolo en cada una de las clases previstas en el art. 94 LC, lo que resultaba necesario para examinar por parte del Juzgado que es a quien compete tal tarea, si se cumple o no el requisito de la aceptación por la mayoría de acreedores exigida en la DT 3ª. Al ser necesario que dicha nulidad se interese por los legitimados para ello, esto es, las partes del recurso, se acordó efectuar un traslado a las partes al efecto de que, en su caso, solicitasen la nulidad de actuaciones, lo que verificaron a través de sendos escritos, permitiendo con ello a esta Sala proceder a decidir sobre dicha posible nulidad. En concreto, la concursada se mostró favorable a la nulidad exclusivamente por la omisión del trámite de subsanación de la propuesta de modificación de convenio en cuanto a la falta de desglose del pasivo privilegiado de la concursada en relación con cada una de las clases del art. 94 LC, insistiendo en cambio en la limitación de los efectos de la modificación del convenio a los acreedores ordinarios y subordinados. Por su parte, el acreedor personado, se mostró favorable a la nulidad de lo actuado por las causas apuntadas en el traslado efectuado. Partiendo de ello, apreciamos la concurrencia de causa de nulidad de las actuaciones desde el momento de admisión a trámite de la propuesta de modificación del convenio, por la infracción de normas esenciales del procedimiento que han causado o podido causar indefensión a las partes. En concreto, y en primer lugar, atendiendo al principio de subsanación de los actos procesales, por no haberse requerido a la concursada para que subsanase la propuesta de modificación del convenio en la que se preveía la limitación de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados, puesto que los efectos de la modificación se extienden a todos los privilegiados salvo los de derecho Público y sin perjuicio de los privilegios especiales. En segundo lugar, por no haberse procedido a desglosar el pasivo privilegiado de la concursada, incluyéndolo en cada una de las clases previstas en el art. 94.1 LC, lo que resultaba necesario para examinar por parte del Juzgado que es a quien compete, si se cumple o no el requisito de la aceptación por las mayorías de acreedores exigidas en la DT 3ª, ateniendo a que de la lista de acreedores actualizada se colige la subsistencia de más de tres acreedores privilegiados. En último lugar, por haberse causado o

podido causar indefensión a la concursada al no haber sido concedido un trámite de subsanación de dicho defecto, lo que supone la imposibilidad de aprobar la modificación del convenio por no ajustarse la propuesta a la legalidad vigente. A su vez, esta indefensión puede considerarse que ha podido afectar a los acreedores que se adhirieron a la propuesta de modificación siendo a su vez titulares de un crédito ordinario y uno privilegiado (circunstancia que concurría en una pluralidad de ellos como ha comprobado esta Sala en la labor detallada de examen individualizado y comparativo de cada una de las adhesiones incorporadas a autos con la lista de acreedores) por desconocer el alcance de su adhesión. Partiendo de ello, en aplicación del art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordamos la nulidad de las actuaciones, desde la admisión a trámite de la propuesta de modificación de convenio, debiéndose dar un trámite para su subsanación y salvarse las causas de nulidad apreciadas.

OCTAVO.- No procede hacer imposición de las costas procesales de esta alzada al acordarse la nulidad, en aplicación del art. 398 LEC.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Estimar la petición de nulidad de actuaciones realizada por las representaciones de Real Racing Club de Santander, S.A.D. e Inmorrabi Promociones Dos, S.L. y, en su consecuencia, acordamos la nulidad de todo lo actuado en este procedimiento desde la admisión a trámite de la propuesta de modificación del convenio, incluidos el auto de 5 de enero de 2015 y la sentencia de 5 de marzo de 2015, debiéndose dar a la concursada un trámite para la subsanación de dicha propuesta de modificación en los términos contenidos en esta resolución y salvarse las nulidades apreciadas, por lo motivos incluidos en los fundamentos jurídicos de esta Sentencia. No se realiza condena al pago de las costas procesales de esta apelación. Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. M<sup>ª</sup> José Arroyo García.- Marcial Helguera Martínez.- M<sup>ª</sup> del Mar Hernández Rodríguez.

Publicación.- La precedente Sentencia ha sido leída y publicada por el Illtmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha de lo que yo el Secretario doy fe.