

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS BIS

MADRID

Gran Vía, 52-4ª Planta; 28013 Madrid

SECCION PRIMERA

PROCEDIMIENTO: Concurso Ordinario nº 505/06.

ASUNTO: Propuesta de convenio de la concursada.

AUTO

En la villa de Madrid, a CINCO DE JULIO DE DOS MIL DIEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 2.6.2010 del Procurador Sr. [redacted] en representación de la deudora ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L., se formuló propuesta de convenio, al amparo del Art. 113.2 de la Ley Concursal (en adelante L.Co.).

SEGUNDO.- Con carácter previo a su admisión a trámite y de conformidad con el Art. 114 L.Co. se requirió de subsanación a los proponentes, habiéndose realizado las alegaciones y aportados los documentos que constan en su escrito de 29.6.2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Naturaleza jurídica de la propuesta de convenio.

A.-) Posiciones doctrinales.

Dado que la conceptualización de los requisitos o presupuestos formales y materiales de la propuesta de convenio sólo podrá alcanzarse previa comprensión y análisis de la naturaleza

RECEPCIÓN 12 JUL 2010 NOTIFICACIÓN 13 JUL 2010
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

jurídica del convenio, es preciso, de modo previo al examen de tales presupuestos, examinar aquella naturaleza.

Como señala la Profesora Dña. JUANA PULGAR (Comentarios a la Ley concursal; Tomo I, Págs, 977 y ss, Editorial Dykinson) bajo la vigencia de la legislación concursal derogada, la doctrina mercantilista española y extranjera había mantenido básicamente tres posturas ante dicha cuestión:

a.-) una tesis **procesalista**, según la cual *"...el convenio es más un procedimiento que un contrato, restando importancia al acuerdo entre acreedores y deudor y restaltando la intervención judicial por la que se aprueba el convenio, en la que, sobre la base de ésta interpretación, encuentra su fundamento último el vínculo que se establece entre el deudor y acreedores. Se concibe el convenio, por tanto, como institución de Derecho público que tendría como fin la administración pública de los intereses privados de los acreedores, consecuentemente con lo cual el Juez se perfila como órgano del Estado que impondría a la minoría de los acreedores, mediante Auto aprobatorio del convenio, la voluntad de la mayoría..."*.

b.-) una tesis **contractualista**, según la cual se concibe al convenio *"...como institución de Derecho privado, destacándose el carácter meramente formal de control de legalidad que tiene la intervención judicial en el convenio, derivando de la Ley y no de la aprobación judicial el sometimiento de la minoría de los acreedores a lo acordado por la mayoría..."*.

c.-) una tesis **ecléctica o intermedia**, según la cual *"...no obstante partirse dede una concepción privatista del convenio, con lo que ello conlleva -esto es, la consideración de la propuesta como oferta de contrato y acuerdo mayoritario de los acreedores-, sin embargo es un contrato que se inserta en el seno de un proceso concursal y de ahí la intervención del Juez homologando el acuerdo y su imposición a la minoría, produciendo efectos «erga omnes» por haber sido judicialmente aprobado, con unas consecuencias que en parte son contractuales y en parte procesales..."*.

B.-) Posición de la Ley Concursal (en adelante L.Co.).

Partiendo de la dicción de los Art. 99 y 100 de la L.Co y de su contrastación con la legislación concursal derogada -donde regía el principio de absoluta libertad de pacto y de contenido del convenio, que derivó, en algunos casos, en manifiestos abusos para las minorías



de acreedores-, resulta que la nueva legislación concursal impone a la admisión a trámite del convenio unos requisitos formales y de contenido, atribuyendo al Juez del concurso la valoración del cumplimiento de tales requisitos o presupuestos. Resulta de tal posicionamiento legislativo que es finalidad legislativa el diseñar un marco normativo mínimo que deben incluirse y excluirse como presupuestos de forma y contenido, dentro del cual podrá moverse la autonomía de la voluntad, siempre que no se desconozcan tales límites legales. Si ello es así, resulta claro que la nueva regulación concursal reconoce un interés público a la forma y contenido a la propuesta de convenio, dentro de los cuales y admitidos a trámite por el Juez del concurso, podrá moverse la autonomía de la voluntad, justificando aquellos presupuestos legales la imposición de la solución de la mayoría a una minoría de acreedores mediante sentencia que deberá ponderar nuevamente el cumplimiento o no de los requisitos de contenido del convenio aprobado en Junta.

Por ello, estima este Tribunal, que tanto por el cauce del Art. 114.1 L.Co. -en trámite de admisión- como por el cauce del Art. 131 L.Co. -en trámite de rechazo judicial del convenio aprobado en Junta- podrá y deberá el Juez del concurso, valorando el interés público concurrente en la gestión de los intereses privados concurrentes de todos los acreedores, ponderar si los requisitos de forma y contenido de la propuesta o del convenio aprobado, cumplen tales requisitos de forma y contenido, como para imponerse a una minoría que rechace el convenio como consecuencia del efecto de la cosa juzgada de la sentencia; interpretación que aparece corroborada por la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en el Art. 100.1, párrafo 2º L.Co., al extender la atribución del Juez del concurso a la posibilidad de ponderar en supuestos de propuesta ordinaria a la conveniencia y oportunidad de alterar el marco normativo normal en que pueda actuar la autonomía de la voluntad de los acreedores en lo relativo a los límites de la quita y espera; criterio de valoración judicial que debe entenderse implícito en el Art. 114 y 131 L.Co. respecto a la valoración del plan de viabilidad y su justificación, planes de pagos y su verosimilitud y seriedad, admisibilidad de la alternatividad de las proposiciones, admisibilidad de la sucesión de empresas, ponderación de las cesiones de pago o para pago, valoración de las enajenaciones propuestas, entre otras, a que se refieren los apartados 2, 3, 4 y 5 del Art. 100 L.Co.; en cuanto así lo exige la protección de la globalidad de los intereses privados concurrenciales y el interés público en la gestión ordenada de tales intereses de acreedores y deudor dentro del proceso y dentro de unos límites contractuales fijados legal y judicialmente que se estimen extendibles a una minoría no



conforme con la novación contractual y al propio deudor cuando no es el proponente del convenio homologado.

C.-) Finalidad del Convenio. Común a todas la Propuestas

Plan de viabilidad, sabido es que la quita y/o espera que contiene la L.Co., no ha sido acordado por el legislador, desde el principio de la regulación del procedimiento concursal, como algo gratuito, premio al deudor que al carecer de liquidez para atender las obligaciones contraídas a las que no puede hacer frente. El Convenio, como contraposición a la Liquidación, supone una continuación empresarial –caso de persona física una liquidación, lo menos dolorosa posible, ordenada en la que los acreedores no resulten más favorecidos por su agilidad de reflejos-.

El Art. 100.5 de la L.Co. establece que cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad empresarial o profesional, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

Al respecto y siguiendo al profesor D. ANGEL ROJO (Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II, págs.1898 y ss) se precisa por ser necesario y así es preceptivo legal que el plan de viabilidad especifique “...los recursos necesarios para el cumplimiento del convenio, los medios y las condiciones para obtenerlos y, en su caso, los compromisos de terceros. En primer lugar, el plan de viabilidad tiene que comenzar con la especificación de los recursos a obtener en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que se consideran necesarios para el cumplimiento del convenio. Es preciso realizar una previsión de ingresos, que incluya tanto lo relativo al momento en que se espera obtenerlos como lo referente a la cuantía de los mismos; y dentro de esa previsión, es preciso también, determinar que proporción se destinarán al cumplimiento del convenio. En segundo lugar, el plan de viabilidad tiene que especificar los medios y las condiciones para la obtención de esos ingresos. Con los términos “medios” y “condiciones” se refiere la Ley a todas las técnicas económicas, sociales y jurídicas que se prevé adoptar para la obtención de esos ingresos y recursos...”.



Por ello todo convenio, a de llevar parejo un Plan de Viabilidad, en dicho plan se ha de indicar cual va a ser el funcionamiento de la entidad concursada. De todos es conocida que la actividad de la concursada consistía en una captación de capitales, cuyo empleo se aplicaba a la compra de "obras de arte" de distinto tipo y condición, con la finalidad de revenderlas, negociando con ellas, así como asesorar en inversiones en obras de "arte," como si de un marchante de arte se tratara. A la vista de la actividad desarrollada, no se acredita -salvo la compra de obras- se realizara otra actividad por la concursada. Así pues se observa una falta de organización comercial, digamos unos "marchantes" a sueldo y/o comisión que muevan el producto. Esto es, los activos generadores de una rentabilidad de los capitales captados a particulares que hoy constituyen la masa de acreedores. No se dice nada de las fuentes de financiación ajenos -financiación bancaria- imprescindible para atender el flujo de circulante que toda actividad mercantil precisa. No se explica en que forma va a producirse la marcha del negocio, no se ejemplifica con estudios comparativos de otras sociedades que dedicadas a la misma actividad, -operadores del sector- caso de existir, aunque sean extranjeras, cuya actividad pudiera asemejarse a la que se pretende continuar o mejor dicho crear, habida cuenta de la inexistencia de actividad "ab initio". Hasta la fecha de presentación del concurso, la actividad se ha centrado en captar pasivo, adquirir obras de arte y devolver a los impositores su inversión y/o solamente entregar unos réditos o intereses que les habían prometido. No se especifica en el convenio, que unidades productivas, son con las que se cuentan, así como de otros recurso propios complementarios a los existentes, como son ampliación de capital, emisión de bonos etc. En resumen el Plan de Viabilidad esta huérfano de una mínima explicación de la forma para conseguir beneficios que no sea la venta de activos y, más en concreto inmuebles, sin determinar de cuales se trata, habida cuenta de precisar la actividad de unos depósitos y/o almacenes, con determinadas condiciones de seguridad referidas a "los amigos de lo ajeno" y a la inclemencias del medio ambiente; por otro lado que no se especifica la forma de enajenación, -¿subasta? "venta directa" "exportaciones" etc-. En una palabra de donde sale el dinero, de un Plan supuestamente Viable.

Por ultimo a todo ello hay que añadirle la falta de un estudio sobre recursos humanos; habida cuenta de haber despedido a la mayoría del personal. Careciendo por tanto hoy por hoy, de una estructura para iniciar el negocio ya que se encuentra paralizado, no indicándose nada tanto de los medios materiales, organizativos y de personal necesarios para la actividad.

SEGUNDO.- Proposiciones de quita y espera (1ª opción del convenio). Superación excepcional de sus límites.

A.- Régimen jurídico.

Señala el Art. 100.1 L.Co. que *"...la propuesta de convenio podrá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada una de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el Juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites..."*.

En interpretación de tal precepto, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 20.1.2010 [SAP PO 78/2010; Rollo nº 733/09] que *"...La libertad negocial que el convenio supone se encuentra, -también es sabido-, sujeta a límites. Es característica de la ley, frente a la normativa previgente, la sumisión del convenio a estrictos requisitos formales y de fondo, que harán que el convenio sólo sea admisible cuando existan posibilidades reales de continuación de la actividad empresarial. No es designio de la ley el lograr el convenio concursal a toda costa. La cita del art. 100.5.2 ilustra suficientemente esta afirmación. Tal opción será o no criticable, como el propio apelante parece apuntar, en línea con relevantes opiniones doctrinales, pero es la solución legal..."*.

Resulta de ello que el obligado contenido del convenio, cual es la quita y/o la espera debe ajustarse a los límites legales, en cuanto el Legislador estima que la novación contractual que pueda producirse dentro de aquellos es de necesaria y exigible imposición a todos los acreedores, hayan o no votado a favor de la propuesta de convenio.

B.- Configuración legal de la excepción.

Como se ha indicado, tales límites temporales y cuantitativos pueden verse superados, a petición de parte, en supuestos de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía.

La Ley, con plena intencionalidad del Legislador, no define qué debe entenderse por "especial trascendencia para la economía", pero sí da a intuir dos criterios de necesaria concurrencia: 1.- uno primero, que ha de tratarse de una pluralidad de empresas con concursos acumulados, siendo admisible la apreciación de tal cualidad en una sola deudora concursada, pero de especial tamaño e importancia; y 2.- una segunda, que no resulta preciso que la empresa tenga especial trascendencia económica, sino que basta la posibilidad, lo que obliga a un juicio de prognosis o probabilidad a futuro, atendiendo a los esperados y razonables efectos económicos -con exclusión de otros efectos- derivados de la existencia o no de la actividad de la deudora.

Junto a lo indicado, a criterio de este Tribunal, la autorización para superar los límites legales, requiere, además:

1.- que la actividad empresarial desarrollada por la deudora tenga extraordinaria relevancia en la economía, pues la "trascendencia" exigida por el precepto no es un simple efecto o un resultado ordinario, sino que va unida a una gravedad o importancia extrema o de grave relevancia, de la que no participa el mero resultado; o dicho de otro modo, es trascendente aquellos efectos que van más allá de los meros efectos normales u ordinarios unidos a la continuidad o desaparición de la actividad;

2.- que, dada la admisibilidad de la exigencia de la mera probabilidad de tales efectos, tal trascendencia debe predicarse tanto de los efectos en la economía como de la propia actividad, enjuiciada ésta en el conjunto de las actividades que conforman la economía de mercado; resultando de ello que sólo podrá aplicarse tal excepcionalidad a aquellas ramas de actividad económica que dentro del conjunto tengan una especial relevancia o intensidad; acudiendo para su ponderación a criterios estrictamente económicos (porcentaje del PIB, centros de trabajo, número de trabajadores, empresas dependientes, grupos de empresas, actividades económicas secundarias, intereses generales o intereses públicos económicos concurrentes, etc);

3.- que "la economía" a utilizar como elemento ponderable es, con exclusión de criterio geográfico, el sector de actividad concreta en que se desarrolla la comercialización de bienes y servicios a que pertenece la rama de actividad de la deudora, sea nacional, estatal o municipal;

pues si excepcional es aquello que se aparta de lo común o normal, los meros efectos limitados a la habitual o posible desaparición de un operador en el sector del mercado al que pertenece la concursada no pueden justificar la superación de tales límites; dicho de otro modo, es el mercado y la plasmación y evolución económica concreta del sector al que pertenece la actividad empresarial de la concursada el elemento ponderador de los efectos sobre tal economía al desaparecer o cesar la concreta actividad de la concursada;

y 4.- que tales razones económicas, descripción del mercado, situación relativa y absoluta en el mismo de la concursada, efectos económicos relevantes de la desaparición de tal operador en el concreto sector de actividad, la gravedad o extrema importancia de tales efectos en relación con el sector económico analizado -sea cual fuere el ámbito territorial a que se extienda-, y cualquier otro extremo que justifique la excepcionalidad por motivos económicos, deben plasmarse en el plan de viabilidad.

C.- Examen de la propuesta.

Atendiendo a tales parámetros, procede examinar la propuesta formulada por la concursada.

Inicialmente y como primera de las opciones propuestas, oferta la concursada la quita de un 40%, de tal modo que el 60% del importe de los créditos ordinarios se pagarían -según plan de pagos que acompaña- en el plazo de 7 años.

Siendo ello así, del examen del plan de viabilidad resulta que ninguna referencia se contiene en el mismo tendente a acreditar la posición relativa de la deudora en el sector económico del mercado con objeto empresarial de captación de ahorro de particulares a cambio de una retribución periódica y fija, utilizando como subyacente obras de arte, limitándose a alegar su propio interés y utilidad en poder alcanzar un acuerdo que pueda cumplirse.

Supone tal planteamiento una alteración de los términos legales de la comparación y de la valoración, pues no es la consecución en todo caso de un convenio y el probable cumplimiento del mismo el objetivo de la excepcionalidad y de los parámetros para su apreciación, sino el sector económico en que se desenvuelve la actividad de la concursada y los graves y relevantes efectos sobre el mismo ante la posible desaparición de tal operador, respecto a lo cual nada razona, expone y justifica el plan de viabilidad propuesto y unido a las actuaciones.

D.- Consecuencias de su inadmisión.

Inadmitida la primera de las propuestas relativa a la quita y la espera [-de necesaria y obligada exigencia-], resulta que el convenio propuesto carece de uno de los contenidos necesarios y de obligada exigencia, lo que obliga a inadmitir la totalidad de la propuesta formulada, por infracción del art. 100.1 L.Co; al cercenar el derecho de todo acreedor a poder acogerse a una quita o una espera [o ambas] como contenido necesario del convenio, forzando a los mismos a tener que posicionarse exclusivamente sobre alguna de las restantes propuestas que no incluyen quita ni espera, como luego se verá.

TERCERO.- Proposiciones de opción de compra (2ª opción del convenio).

A.- Régimen jurídico.

Junto a los límites legales fijados al contenido necesario de la propuesta del convenio [art. 100.1 L.Co.], el Legislador ha querido excluir del mismo determinados contenidos [art. 100.3 L.Co.] entre los que se encuentra la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos; de lo que resulta que toda entrega de bienes a los acreedores en pago (*pro soluto*) o para pago (*pro solvendo*) aparece proscrita legalmente, salvo en el supuesto del art. 100.2 L.Co..

B.- Examen de la propuesta.

Textualmente la 2ª propuesta otorga a los adherentes el derecho a que su crédito se les satisfaga en un 60%, así como igual espera y plan de pagos señalado para el pago en metálico (opción 1ª), pero tal atribución al adherente no se realiza en moneda de curso legal, sino mediante la atribución de un "derecho de opción" en virtud del cual pueden adquirir obras de arte, según lotes que se formarán en el plazo de un año y medio desde la aprobación del convenio, adicionando una quita del 10% y fijando los precios de adjudicación por expertos independientes nombrados por la deudora, quien también fijará el procedimiento del derecho de opción y los criterios para su ejercicio, sólo precisando autorización de la Comisión de Control.

Tal proposición vulnera lo dispuesto en el art. 100.3 L.Co. Y ello:

1.- porque, rectamente entendida, la propuesta recogida bajo la opción 2ª que analizamos supone una dación en pago de los créditos, una vez aceptada la quita señalada del 40%, pues con exclusión de todo pago en metálico altera el contenido prestacional para sustituirlo por la entrega de bienes titularidad de la concursada, sin que los adherentes tengan que realizar ninguna contraprestación por la denominada "compra" de obras de arte;

2.- porque, en tal sentido debe hacerse cita de la doctrina recogida en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de septiembre de 2009 [RJ.2009\4595] al señalar que "...la sentencia de 2 julio 2008 (RJ 2008\4362) se expresa en los siguientes términos: *«Como recuerda la sentencia de 16 octubre 1997 (RJ 1997\7615), en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente que se perfeccione o no (SS. 16 abril 1979 (RJ 1979\1401); 4 abril (RJ 1987\2489) y 9 octubre 1987 (RJ 1987\6928); 24 octubre 1990 (RJ 1990\8045); 24 enero (RJ 1991\312), 28 octubre y 23 diciembre 1991 (RJ 1991\9482) y 13 noviembre 1992 (RJ 1992\9398)) pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales: la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima»...*"; de lo que resulta que la mera gratuidad en el precio de la prima o precio de la opción es cuestión distinta del precio de la venta proyectada, de tal modo que faltando éste último existirá *causa solvendi, donandi o soluti*, pues sin precio no hay venta;

3.- porque afirmando que tal entrega en pago -proscrita por la Ley- se realizaría según el plan de pagos de 7 años y en los porcentajes señalados [progresivos, dice la propuesta, para reflejar la recuperación económica], se afirma que los lotes se formarían al año y medio desde la aprobación firme del convenio [fecha inicial], con incumplimiento de los plazos fijados en la letra a.2) de la primera opción, a la que se remite la segunda opción;

y 4.- porque al 40% de quita inicial, se le incrementa un 10% adicional por el cauce de la automática minoración del precio de los lotes a entregar, años después, gratuitamente a los

acreedores adherentes, con vulneración de la quita propuesta inicialmente; precio, lotes y proceso de adjudicación no determinado en la propuesta, limitándose a afirmar que la deudora lo determinará unilateralmente, solo precisando autorización de la Comisión del Control; lo que supone excluir de la propuesta extremos esenciales de una novación contractual.

CUARTO.- Proposición de créditos participativos (opción 3ª).

A.- Régimen jurídico.

Los créditos participativos encuentran su regulación legal en el art. 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, en virtud del cual, para poder afirmar que un crédito ostenta tal cualidad, deberá presentar: a.- La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad; b.- Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos; c.- Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes; y d.- Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

B.-Examen de la propuesta.

De tal regulación legal resulta que la opción 3ª de la propuesta de convenio no recoge una conversión en crédito participativo, sino en un crédito sin remuneración, gratuito y con los efectos de su degradación concurrencial, a los fines de su abono detrás de todos los acreedores subordinados.

En efecto, del examen de la propuesta resulta:



1.- que lo ofertado a los adherentes es la modificación o alteración de su crédito, de tal modo que bajo la expresión de "participar en las ganancias" se les atribuye el derecho a recuperar el importe del crédito [-idéntico a la cantidad señalada en las anteriores opciones, esto es, un 60% del crédito ordinario reconocido-] sin contraprestación, retribución o participación alguna en las ganancias;

2.- que referidos los pagos de tales créditos al plan de pagos ya reiterado, señalado en el punto a.2 de la opción 1ª, se afirma, de modo contradictorio, que el vencimiento de tales créditos gratuitos, se producirá en un periodo de 5 años desde la fecha del último de los pagos señalados en dicho calendario; lo que supone comenzar a extinguir tales créditos tras los 7 años de duración del plan de pagos, tal como reconoce la concursada al afirmar que su plan de viabilidad tiene una duración de 12 años; así como atribuir a tales créditos la cualidad de subordinados, cuando la Ley prohíbe alterar la cualidad y naturaleza de los créditos por el cauce del convenio de acreedores [art. 100.3 L.Co.]

3.- que la muletilla contenida en la letra c.1 de la opción 3ª, bajo la rúbrica "espera", comienza afirmando una quita del 40%, con idéntica remisión al plan de pagos antes referido, de lo que resulta una mera cláusula genérica o reiterativa, desvirtuada por el plan de amortización señalado en la misma opción, colocando a los adherentes a ésta opción como titulares de créditos postergados a los subordinados y a cobrar en el plazo de las anualidades 8ª a 12ª desde la aprobación firme del convenio;

y 4.- porque el pago de los créditos se hace depender de la existencia de beneficios empresariales, generando confusión entre la retribución variable del préstamo [-sí sujeta a la existencia de beneficios-] y la reintegración del crédito, no sujeta a tal hecho futuro.

QUINTO.- Conversión parcial en participaciones de la concursada (opción 4ª).

Como opción 4ª y última, de la confusa redacción de la misma, resulta que lo ofertado por la concursada es una quita y una espera [-reiterando bajo la letra d.1) la misma cláusula de estilo anteriormente señalada-] para el abono del 60% a 7 años; otorgando como adición o añadido a los adherentes a ésta opción, un 5% del importe de sus créditos [-debe entenderse sin quita-] a abonar en participaciones en el capital social; añadiendo como cautela o prevención que tal ampliación de capital no podrá suponer más del 100% del capital social actual [-lo que permitiría a la concursada mantener el control mayoritario de participaciones-], prorrateando tal



ampliación entre todos aquellos acreedores que optaran por ésta opción; para adicionar a ésta opción [-aunque de modo confuso-] una conversión del crédito restante [-hasta alcanzar el 100% del crédito ordinario-] en crédito participativo con igual abono temporal antes indicado, con postergación de su vencimiento al pago de los créditos subordinados, así como alterando la naturaleza y calificación atribuida por Ley.

Todo ello fuerza a entender que tal opción infringe el art. 100.3 L.Co.; e inadmitidas todas y cada una de las cláusulas necesarias y alternativas, inadmitir a trámite el convenio formulado.

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Que debo inadmitir a trámite la propuesta de convenio, formulada al amparo del Art. 113.2 L.Co, por el Procurador Sr. [REDACTED] en fecha 2.6.2010 en representación de **ARTE Y NATURELEZA GEPART, S.L.**; sin que haya lugar a su tramitación en legal forma.

Notifíquese la presente resolución a las partes; haciéndoles saber que la presente resolución es susceptible de **RECURSO DE REPOSICION** ante este Juzgado en el plazo de **CINCO DIAS** [Art. 197 L.Co.].

Conforme a la D.A. decimoquinta de la LOPJ, introducida por la LO 1/09, para la interposición del **recurso de reposición**, será precisa la consignación como depósito de 25 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado [para este procedimiento: 2762 0000 00] en la entidad Banesto y acreditario documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Así lo dispone, manda y firma **D. ANTONIO MANUEL MUÑOZ DE LUNA**
Magistrado-Juez Sustituto del Juzgado de lo Mercantil Nº 6 Bis (Refuerzo) de los de Madrid.

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS BIS

MADRID

Gran Vía, 52-4ª Planta; 28013 Madrid

SECCION PRIMERA

PROCEDIMIENTO: Concurso Ordinario nº 505/06.

ASUNTO: Propuesta de convenio de los acreedores.

AUTO

En la villa de Madrid, a SEIS DE JULIO DE DOS MIL DIEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de 2.6.2010 del Procurador Sr. [REDACTED] en representación de D. [REDACTED] y OTROS, se formuló propuesta de convenio, al amparo del Art. 113.2 de la Ley Concursal (en adelante L.Co.).

SEGUNDO.- Con carácter previo a su admisión a trámite y de conformidad con el Art. 114 L.Co. se requirió de subsanación a los proponentes, habiéndose realizado las alegaciones y aportados los documentos que constan en su escrito de 30.6.2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Naturaleza jurídica de la propuesta de convenio.*

A.-) Posiciones doctrinales.

Dado que la conceptualización de los requisitos o presupuestos formales y materiales de la propuesta de convenio sólo podrá alcanzarse previa comprensión y análisis de la naturaleza jurídica del convenio, es preciso, de modo previo al examen de tales presupuestos, examinar aquella naturaleza.

Como señala la Profesora Dña. JUANA PULGAR (Comentarios a la Ley concursal; Tomo I, Págs, 977 y ss, Editorial Dykinson) bajo la vigencia de la legislación concursal derogada, la doctrina mercantilista española y extranjera había mantenido básicamente tres posturas ante dicha cuestión:

a.-) una tesis **procesalista**, según la cual *"...el convenio es más un procedimiento que un contrato, restando importancia al acuerdo entre acreedores y deudor y resaltando la intervención judicial por la que se aprueba el convenio, en la que, sobre la base de ésta interpretación, encuentra su fundamento último el vínculo que se establece entre el deudor y acreedores. Se concibe el convenio, por tanto, como institución de Derecho público que tendría como fin la administración pública de los intereses privados de los acreedores, consecuentemente con lo cual el Juez se perfila como órgano del Estado que impondría a la minoría de los acreedores, mediante Auto aprobatorio del convenio, la voluntad de la mayoría..."*.

b.-) una tesis **contractualista**, según la cual se concibe al convenio *"...como institución de Derecho privado, destacándose el carácter meramente formal de control de legalidad que tiene la intervención judicial en el convenio, derivando de la Ley y no de la aprobación judicial el sometimiento de la minoría de los acreedores a lo acordado por la mayoría..."*.

c.-) una tesis **ecléctica o intermedia**, según la cual *"...no obstante partirse de una concepción privatista del convenio, con lo que ello conlleva -esto es, la consideración de la propuesta como oferta de contrato y acuerdo mayoritario de los acreedores-, sin embargo es un contrato que se inserta en el seno de un proceso concursal y de ahí la intervención del Juez homologando el acuerdo y su imposición a la minoría, produciendo efectos «erga omnes» por haber sido judicialmente aprobado, con unas consecuencias que en parte son contractuales y en parte procesales..."*.

B.-) Posición de la Ley Concursal (en adelante L.Co.).

Partiendo de la dicción de los Art. 99 y 100 de la L.Co y de su contrastación con la legislación concursal derogada -donde regía el principio de absoluta libertad de pacto y de contenido del convenio, que derivó, en algunos casos, en manifiestos abusos para las minorías de acreedores-, resulta que la nueva legislación concursal impone a la admisión a trámite del convenio unos requisitos formales y de contenido, atribuyendo al Juez del concurso la

valoración del cumplimiento de tales requisitos o presupuestos. Resulta de tal posicionamiento legislativo que es finalidad legislativa el diseñar un marco normativo nímio que deben incluirse y excluirse como presupuestos de forma y contenido, dentro del cual podrá moverse la autonomía de la voluntad, siempre que no se desconozcan tales límites legales. Si ello es así, resulta claro que la nueva regulación concursal reconoce un interés público a la forma y contenido a la propuesta de convenio, dentro de los cuales y admitidos a trámite por el Juez del concurso, podrá moverse la autonomía de la voluntad, justificando aquellos presupuestos legales la imposición de la solución de la mayoría a una minoría de acreedores mediante sentencia que deberá ponderar nuevamente el cumplimiento o no de los requisitos de contenido del convenio aprobado en Junta.

Por ello, estima este Tribunal, que tanto por el cauce del Art. 114.1 L.Co. —en trámite de admisión— como por el cauce del Art. 131 L.Co. —en trámite de rechazo judicial del convenio aprobado en Junta— podrá y deberá el Juez del concurso, valorando el interés público concurrente en la gestión de los intereses privados concurrentes de todos los acreedores, ponderar si los requisitos de forma y contenido de la propuesta o del convenio aprobado, cumplen tales requisitos de forma y contenido, como para imponerse a una minoría que rechace el convenio como consecuencia del efecto de la cosa juzgada de la sentencia; interpretación que aparece corroborada por la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en el Art. 100.1, párrafo 2º L.Co., al extender la atribución del Juez del concurso a la posibilidad de ponderar en supuestos de propuesta ordinaria a la conveniencia y oportunidad de alterar el marco normativo normal en que pueda actuar la autonomía de la voluntad de los acreedores en lo relativo a los límites de la quita y espera; criterio de valoración judicial que debe entenderse implícito en el Art. 114 y 131 L.Co. respecto a la valoración del plan de viabilidad y su justificación, planes de pagos y su verosimilitud y seriedad, admisibilidad de la alternatividad de las proposiciones, admisibilidad de la sucesión de empresas, ponderación de las cesiones de pago o para pago, valoración de las enajenaciones propuestas, entre otras, a que se refieren los apartados 2, 3, 4 y 5 del Art. 100 L.Co.; en cuanto así lo exige la protección de la globalidad de los intereses privados concurrenciales y el interés público en la gestión ordenada de tales intereses de acreedores y deudor dentro del proceso y dentro de unos límites contractuales fijados legal y judicialmente que se estimen extensibles a una minoría no conforme con la novación contractual y al propio deudor cuando no es el proponente del convenio homologado.



C.-) Finalidad del Convenio. Común a todas la Propuestas

Plan de viabilidad, sabido es que la quita y/o espera que contiene la L.Co., no ha sido acordado por el legislador, desde el principio de la regulación del procedimiento concursal, como algo gratuito, premio al deudor que al carecer de liquidez para atender las obligaciones contraídas a las que no puede hacer frente. El Convenio, como contraposición a la Liquidación, supone una continuación empresarial -caso de persona física una liquidación, lo menos dolorosa posible, ordenada en la que los acreedores no resulten más favorecidos por su agilidad de reflejos-.

El Art. 100.5 de la L.Co. establece que cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad empresarial o profesional, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

Al respecto y siguiendo al profesor D. ANGEL ROJO (Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II, págs.1898-y ss) se precisa por ser necesario y así es preceptivo legal que el plan de viabilidad especifique "*...los recursos necesarios para el cumplimiento del convenio, los medios y las condiciones para obtenerlos y, en su caso, los compromisos de terceros. En primer lugar, el plan de viabilidad tiene que comenzar con la especificación de los recursos a obtener en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que se consideran necesarios para el cumplimiento del convenio. Es preciso realizar una previsión de ingresos, que incluya tanto lo relativo al momento en que se espera obtenerlos como lo referente a la cuantía de los mismos; y dentro de esa previsión, es preciso también, determinar que proporción se destinarán al cumplimiento del convenio. En segundo lugar, el plan de viabilidad tiene que especificar los medios y las condiciones para la obtención de esos ingresos. Con los términos "medios" y "condiciones" se refiere la Ley a todas las técnicas económicas, sociales y jurídicas que se prevé adoptar para la obtención de esos ingresos y recursos...*".

Por ello todo convenio, a de llevar parejo un Plan de Viabilidad, en dicho plan se ha de indicar cual va a ser el funcionamiento de la entidad concursada. De todos es conocida que la





actividad de la concursada consistía en una captación de capitales, cuyo empleo se aplicaba a la compra de "obras de arte" de distinto tipo y condición, con la finalidad de revenderlas, negociando con ellas, así como asesorar en inversiones en obras de "arte," como si de un marchante de arte se tratara. A la vista de la actividad desarrollada, no se acredita -salvo la compra de obras- se realizara otra actividad por la concursada. Así pues se observa una falta de organización comercial, digamos unos "marchantes" a sueldo y/o comisión que muevan el producto. Esto es, los activos generadores de una rentabilidad de los capitales captados a particulares que hoy constituyen la masa de acreedores. No se dice nada de las fuentes de financiación ajenas -financiación bancaria- imprescindible para atender el flujo de circulante que toda actividad mercantil precisa. No se explica en que forma va a producirse la marcha del negocio, no se ejemplifica con estudios comparativos de otras sociedades que dedicadas a la misma actividad, -operadores del sector- caso de existir, aunque sean extranjeras, cuya actividad pudiera asemejarse a la que se pretende continuar o mejor dicho crear, habida cuenta de la inexistencia de actividad "ab initio". Hasta la fecha de presentación del concurso, la actividad se ha centrado en captar pasivo, adquirir obras de arte y devolver a los impositores su inversión y/o solamente entregar unos réditos o intereses que les habían prometido. No se especifica en el convenio, que unidades productivas, son con las que se cuentan, así como de otros recursos propios complementarios a los existentes, como son ampliación de capital, emisión de bonos etc. En resumen el Plan de Viabilidad está huérfano de una mínima explicación de la forma para conseguir beneficios que no sea la venta de activos y, más en concreto inmuebles, sin determinar de cuáles se trata, habida cuenta de precisar la actividad de unos depósitos y/o almacenes, con determinadas condiciones de seguridad referidas a "los amigos de lo ajeno" y a la inclemencias del medio ambiente; por otro lado que no se especifica la forma de enajenación, ¿subasta? "venta directa" "exportaciones" etc-. En una palabra de donde sale el dinero, de un Plan supuestamente Viable.

Por último a todo ello hay que añadirle la falta de un estudio sobre recursos humanos; habida cuenta de haber despedido a la mayoría del personal. Careciendo por tanto hoy por hoy, de una estructura para iniciar el negocio ya que se encuentra paralizado, no indicándose nada tanto de los medios materiales, organizativos y de personal necesarios para la actividad.





SEGUNDO.- Proposiciones de quita y espera (1ª opción del convenio). Superación excepcional de sus límites.

A.-) Régimen jurídico.

Señala el Art. 100.1 L.Co. que "...la propuesta de convenio podrá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada una de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el Juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites...".

En interpretación de tal precepto, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 20.1.2010 [SAP PO 78/2010; Rollo nº 733/09] que "...La libertad negocial que el convenio supone se encuentra, -también es sabido-, sujeta a límites. Es característica de la ley, frente a la normativa previgente, la sumisión del convenio a estrictos requisitos formales y de fondo, que harán que el convenio sólo sea admisible cuando existan posibilidades reales de continuación de la actividad empresarial. No es designio de la ley el lograr el convenio concursal a toda costa. La cita del art. 100.5.2 ilustra suficientemente esta afirmación. Tal opción será o no criticable, como el propio apelante parece apuntar, en línea con relevantes opiniones doctrinales, pero es la solución legal...".

Resulta de ello que el obligado contenido del convenio, cual es la quita y/o la espera debe ajustarse a los límites legales, en cuanto el Legislador estima que la novación contractual que pueda producirse dentro de aquellos es de necesaria y exigible imposición a todos los acreedores, hayan o no votado a favor de la propuesta de convenio.

B.-) Configuración legal de la excepción.

Como se ha indicado, tales límites temporales y cuantitativos pueden verse superados, a petición de parte, en supuestos de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía.

La Ley, con plena intencionalidad del Legislador, no define qué debe entenderse por "especial trascendencia para la economía", pero sí da a intuir dos criterios de necesaria concurrencia: 1.- uno primero, que ha de tratarse de una pluralidad de empresas con concursos acumulados, siendo admisible la apreciación de tal cualidad en una sola deudora concursada, pero de especial tamaño e importancia; y 2.- una segunda, que no resulta preciso que la empresa tenga especial trascendencia económica, sino que basta la posibilidad, lo que obliga a un juicio de prognosis o probabilidad a futuro, atendiendo a los esperados y razonables efectos económicos -con exclusión de otros efectos- derivados de la existencia o no de la actividad de la deudora.

Junto a lo indicado, a criterio de este Tribunal, la autorización para superar los límites legales, requiere, además:

1.- que la actividad empresarial desarrollada por la deudora tenga extraordinaria relevancia en la economía, pues la "*trascendencia*" exigida por el precepto no es un simple efecto o un resultado ordinario, sino que va unida a una gravedad o importancia extrema o de grave relevancia, de la que no participa el mero resultado; o dicho de otro modo, es trascendente aquellos efectos que van más allá de los meros efectos normales u ordinarios unidos a la continuidad o desaparición de la actividad;

2.- que, dada la admisibilidad de la exigencia de la mera probabilidad de tales efectos, tal trascendencia debe predicarse tanto de los efectos en la economía como de la propia actividad, enjuiciada ésta en el conjunto de las actividades que conforman la economía de mercado; resultando de ello que sólo podrá aplicarse tal excepcionalidad a aquellas ramas de actividad económica que dentro del conjunto tengan una especial relevancia o intensidad; acudiendo para su ponderación a criterios estrictamente económicos (porcentaje del PIB, centros de trabajo, número de trabajadores, empresas dependientes, grupos de empresas, actividades económicas secundarias, intereses generales o intereses públicos económicos concurrentes, etc);

3.- que "*la economía*" a utilizar como elemento ponderable es, con exclusión de criterio geográfico, el sector de actividad concreta en que se desarrolla la comercialización de bienes y servicios a que pertenece la rama de actividad de la deudora, sea nacional, estatal o municipal; pues si excepcional es aquello que se aparta de lo común o normal, los meros efectos limitados a la habitual o posible desaparición de un operador en el sector del mercado al que pertenece la concursada no pueden justificar la superación de tales límites; dicho de otro modo, es el

mercado y la plasmación y evolución económica concreta del sector al que pertenece la actividad empresarial de la concursada el elemento ponderador de los efectos sobre tal economía al desaparecer o cesar la concreta actividad de la concursada;

y 4.- que tales razones económicas, descripción del mercado, situación relativa y absoluta en el mismo de la concursada, efectos económicos relevantes de la desaparición de tal operador en el concreto sector de actividad, la gravedad o extrema importancia de tales efectos en relación con el sector económico analizado -sea cual fuere el ámbito territorial a que se extienda-, y cualquier otro extremo que justifique la excepcionalidad por motivos económicos, deben plasmarse en el plan de viabilidad.

C.-) Examen de la propuesta.

Atendiendo a tales parámetros, procede examinar la propuesta formulada por la concursada.

Inicialmente y como primera de las opciones propuestas, oferta la concursada la quita de un 30%, de tal modo que el 70% del importe de los créditos ordinarios se pagarán -según plan de pagos que acompaña- en el plazo de 8 años.

Siendo ello así, del examen del plan de viabilidad resulta que ninguna referencia se contiene en el mismo tendente a acreditar la posición relativa de la deudora en el sector económico del mercado con objeto empresarial de captación de ahorro de particulares a cambio de una retribución periódica y fija, utilizando como subyacente obras de arte, limitándose a alegar su propio interés y utilidad en poder alcanzar un acuerdo que pueda cumplirse.

Supone tal planteamiento una alteración de los términos legales de la comparación y de la valoración, pues no es la consecución en todo caso de un convenio y el probable cumplimiento del mismo el objetivo de la excepcionalidad y de los parámetros para su apreciación, sino el sector económico en que se desenvuelve la actividad de la concursada y los graves y relevantes efectos sobre el mismo ante la posible desaparición de tal operador, respecto a lo cual nada razona, expone y justifica el plan de viabilidad propuesto y unido a las actuaciones.

Se alega por los acreedores firmantes de la propuesta que tal excepcionalidad no es de aplicación a las propuestas formuladas por los acreedores, o al menos, el rigor legal debe atemperarse. Tal alegación debe ser desestimada. Y ello: 1.- porque tal planteamiento supone

omitir la imperatividad de los límites legales en que puede desenvolverse la autonomía de la voluntad en convenio de acreedores; 2.- porque tal excepcionalidad a la excepción no encuentra encaje legal; 3.- porque los acreedores proponentes de una propuesta de convenio, aunque forman parte del mercado en el lado de la demanda, no son el mercado ni representan al mismo a la hora de plasmar una opinión sobre la relevancia de unas consecuencias en el mismo; 4.- porque en todo concurso, junto al interés de cada acreedor, concurre un interés general representado por el conjunto de los acreedores sujetos al mismo, de tal modo que la imposición a acreedores ordinarios que votaron en contra del convenio o de los subordinados sin derecho a voto, de condiciones de espera superiores a las señaladas en la Ley y previstas de modo excepcional, ha de sujetarse a los requisitos legales imperativos, y no a la voluntad mayoritaria de los acreedores que votaron a favor del mismo; so pena de hacer saltar y romper los límites legales en perjuicio de la minoría por acuerdo de la mayoría.

Si a ello unimos que la concursada podrá solicitar una nueva ampliación por dos años más, aplicable a los pagos en metálico de todas las alternativas, que acordará la Comisión de Vigilancia, resulta con claridad el carácter injustificado de la excepcionalidad desde el punto de vista del mercado y de las condiciones contractuales novatorias impuestas a los acreedores que pudieran votar en contra, para atender únicamente a la consecución de un convenio, como sea y en cualquier condición que permita tener cierta probabilidad de cumplimiento; alegaciones que no encuentran encaje en el art. 100.1 L.Co. .

D.-) Consecuencias de su inadmisión.

Inadmitida la primera de las propuestas relativa a la quita y la espera [-de necesaria y obligada exigencia-], resulta que el convenio propuesto carece de uno de los contenidos necesarios y de obligada exigencia, lo que obliga a inadmitir la totalidad de la propuesta formulada, por infracción del art. 100.1 L.Co, al cercenar el derecho de todo acreedor a poder acogerse a una quita o una espera [o ambas] como contenido necesario del convenio, forzando a los mismos a tener que posicionarse exclusivamente sobre alguna de las restantes propuestas que no incluyen quita ni espera, como luego se verá.

TERCERO.- Proposición de quita y espera y conversión de crédito en participación social (2ª opción).

A.-) Examen de la propuesta.

Examinada la misma resulta que oferta consiste en el abono del 70% del crédito ordinario en ocho años, de tal modo que en la anualidad 9ª, en Junta General de socios se acordará aumentar el capital social en la cifra máxima de 30 millones de euros, para proceder a abonar el 30% de los créditos restantes mediante participaciones sociales.

Para garantizar tal ampliación, la oferta incluye la convocatoria de Junta en el plazo de dos meses desde la firmeza del convenio, de tal modo que los acreedores que hayan votado a favor de esta opción -aún no siendo socios hasta dentro de 9 años; elegirán por sí a los nuevos administradores sociales; llegando a señalar que en supuesto de ampliación de capital incompleta, la parte no suscrita se destinará a "créditos participativos" [cláusula 2.b de la opción 3ª.

B.-) Régimen jurídico.

Dejando al margen la distinta naturaleza jurídica entre el crédito participativo y la participación social, tal proposición debe ser desestimada. Y ello: 1.- por devenir la misma de cláusula inadmisibles, cual es la espera de 8 años, prorrogables a voluntad de la Comisión de Vigilancia, por otros 2 años más; 2.- por infringir tal ampliación proyectada las normas imperativas de los arts. 74.2 L.S.R.L. y art. 58 L.S.R.L., al pretender de presente ampliar capital por créditos por importes del 30% [-de los adherentes-] no vencidos ni exigibles hasta la finalización de los plazos de quita y espera de 8 años más 2 prorrogables, así como por atribuir la facultad de designación del órgano de administración social a acreedores, no a la Junta general.

CUARTO.- Quita y espera y conversión en créditos participativos (3ª opción).

A.- Régimen jurídico.

Los créditos participativos encuentran su regulación legal en el art. 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, en virtud del cual, para poder afirmar que un crédito ostenta tal

cualidad, deberá presentar: a.- La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad; b.- Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos; c.- Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes; y d.- Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

B.-Examen de la propuesta.

De tal regulación legal resulta que la opción 3ª de la propuesta de convenio, tras una quita y espera injustificada de 8 años más dos prorrogables a conveniencia de la concursada, no recoge una conversión del 30% en crédito participativo, sino en un crédito sin remuneración, gratuito y con los efectos de su degradación concursal, a los fines de su abono detrás de todos los acreedores subordinados.

En efecto, del examen de la propuesta resulta:

1.- que lo ofertado a los adherentes es la modificación o alteración de su crédito, de tal modo que bajo la expresión de "participar en las ganancias" se les atribuye el derecho a recuperar el importe del crédito [-idéntico a la cantidad señalada en las anteriores opciones, esto es, un 60% del crédito ordinario reconocido-] sin contraprestación, retribución o participación alguna en las ganancias por la cesión temporal de dinero;

2.- que el abono de los créditos participativos [-si hay beneficios-] tras el abono de los porcentajes y plazos del plan de pagos de 8 años prorrogables, coloca a los adherentes a ésta opción como titulares de créditos postergados incluso a los subordinados y a cobrar en el plazo de las anualidades 9ª a 13ª desde la aprobación firme del convenio;

3.- que tal circunstancia supone atribuir a tales créditos la cualidad de subordinados postergados, cuando la Ley prohíbe alterar la cualidad y naturaleza de los créditos por el cauce del convenio de acreedores [art. 100.3 L.Co.]

y 4.- porque el pago de los créditos se hace depender de la existencia de beneficios empresariales, generando confusión entre la retribución variable del préstamo [-sí sujeta a la existencia de beneficios-] y la reintegración del crédito, no sujeta a tal hecho futuro, caso de ser calificables de participativos.

QUINTO.- Quita y entrega de bienes en pago (opción 4ª).

A.-) Contenido de la propuesta.

La cuarta y última de las propuestas es una quita del 30% para proceder de modo inmediato al pago del 70% restante, mediante la entrega de obras de arte titularidad de la concursada, según valoración realizada por la Comisión de Vigilancia; señalando como tope de tal dación en pago la cantidad del 20% del pasivo ordinario; acudiendo en caso de superior adhesión al prorrateo y en los defectos crediticios a la figura de los créditos participativos.

B.-) Régimen jurídico.

Junto a los límites legales fijados al contenido necesario de la propuesta del convenio [art. 100.1 L.Co.], el Legislador ha querido excluir del mismo determinados contenidos [art. 100.3 L.Co.] entre los que se encuentra la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos; de lo que resulta que toda entrega de bienes a los acreedores en pago (*pro soluto*) o para pago (*pro solvendo*) aparece proscrita legalmente, salvo en el supuesto del art. 100.2 L.Co..

C.-) Examen de la propuesta.

Tal proposición vulnera lo dispuesto en el art. 100.3 L.Co. Y ello:

1.- porque, tal como afirman los proponentes, la propuesta recogida bajo la opción 4ª que analizamos supone una dación en pago de los créditos, una vez aceptada la quita señalada



del 30%, pues con exclusión de todo pago en metálico altera el contenido prestacional para sustituirlo por la entrega de bienes titularidad de la concursada, sin que los adherentes tengan que realizar ninguna contraprestación por pago en obras de arte;

2.- porque, caso de acudirse a la previsión de completar el pago por créditos participativos, tal proposición resulta contraria a la Ley, por las razones ya indicadas.

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Que debo inadmitir a trámite la propuesta de convenio, formulada al amparo del Art. 113.2 L.Co, por el Procurador Sr. [REDACTED] en representación de D. [REDACTED] y OTROS en relación con el concurso de ARTE Y NATURALEZA GESPART, S.L.; sin que haya lugar a su tramitación en legal forma.

Notifíquese la presente resolución a las partes; haciéndoles saber que la presente resolución es susceptible de **RECURSO DE REPOSICION** ante este Juzgado en el plazo de **CINCO DIAS** [Art. 197 L.Co.].

Conforme a la D.A. decimoquinta de la LOPJ, introducida por la LO 1/09, para la interposición del **recurso de reposición**, será precisa la consignación como depósito de 25 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado [para este procedimiento: 2762 0000 00050506] en la entidad Banesto y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones

Así lo dispone, manda y firma D. ANTONIO MANUEL MUÑOZ DE LUNA,
Magistrado-Juez Sustituto del Juzgado de lo Mercantil N° 6 Bis (Refuerzo) de los de Madrid.

