



Universidad de Oviedo

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

**EL CONVENIO CONCURSAL Y LOS EFECTOS DE SU
INCUMPLIMIENTO**

Rafael Abril Manso



Universidad de Oviedo

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

**EL CONVENIO CONCURSAL Y LOS EFECTOS DE SU
INCUMPLIMIENTO**

Rafael Abril Manso

Director: Luis M. Piloñeta Alonso

Oviedo 2021



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español/Otro Idioma: EL CONVENIO CONCURSAL Y LOS EFECTOS DE SU INCUMPLIMIENTO	Inglés: THE BANKRUPTCY AGREEMENT AND THE EFFECTS OF ITS BREACH

2.- Autor	
Nombre: RAFAEL ABRIL MANSO	DNI/Pasaporte/NIE:
Programa de Doctorado: PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO	
Órgano responsable: COMISIÓN ACADÉMICA DE DOCTORADO	

RESUMEN (en español)

La presente tesis doctoral revela la insuficiencia de la normativa concursal para que el deudor y sus acreedores acudan al mecanismo del convenio como solución “normal” del concurso, en lugar de recurrir sistemáticamente a la liquidación de los activos empresariales, analizando la regulación legal, las aportaciones doctrinales y la jurisprudencia sobre el convenio concursal y los efectos que del mismo se derivan tras su fracaso, incidiendo, principalmente, en las consecuencias patrimoniales derivadas de la apertura de la fase de liquidación y de la apertura o reapertura de la sección de calificación.

En el estudio de la solución pactada del concurso, el trabajo analiza las causas que abocan a su incumplimiento, tanto desde el punto de vista económico como jurídico. En particular, descubre la relación causal existente entre convenios mal planteados desde su inicio y su incumplimiento final. Ante esta problemática, el trabajo de investigación ilustra jurídicamente cómo debería abordarse el proceso de negociación del convenio y cuáles deberían ser las prevenciones adoptadas para evitar sus incumplimientos.

Para ello, el trabajo de investigación identifica las causas estructurales del incumplimiento del convenio, partiendo de la hipótesis de que un porcentaje relevante de aquéllas se encuentra en una deficiente negociación y en una inadecuada traslación al campo jurídico de la capacidad económica real de la empresa para superar la situación de insolvencia transitoria. En un segundo plano, analiza, a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Supremo, la diferencia entre incumplimiento del convenio “gravoso” respecto de aquél que se aprueba con un grado de sacrificio inferior en los límites de quita y espera definidos legalmente y sus implicaciones en el ámbito de la calificación concursal.

En cuanto a la estructura seguida, la presente obra consta de tres partes perfectamente diferenciadas.



La primera parte se ocupa de la evolución histórico-legislativa del régimen legal aplicable al convenio en España, desde la aprobación de la originaria Ley Concursal (LC), con el examen de las diferentes reformas que han incidido en la materia, especialmente la relevante modificación que supuso el “arrastre” de los acreedores privilegiados y las consecuencias que ello conlleva en el ámbito de la masa pasiva del concurso, hasta el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR). También se incluye, por exigencias de la actualidad normativa, un breve apartado a las principales modificaciones normativas en materia concursal originadas por la pandemia de la COVID-19 y un último apartado dedicado a la perspectiva de futuro, en el cual se incluye un breve apunte sobre el nuevo anteproyecto de reforma del TRLR. Seguidamente se aborda el estudio de la regulación legal del convenio en el vigente TRLR y se analizan las principales modificaciones introducidas en la materia respecto de la normativa anterior, incidiendo el tercer capítulo en la posición de los créditos privilegiados en relación con el convenio concursal, con análisis detenido del llamado “arrastre” de los acreedores privilegiados.

La segunda parte de la tesis se orienta al análisis cuantitativo y cualitativo de las principales causas de incumplimiento, reflejando las estadísticas según las características que presentan los diferentes convenios: subjetivas, atendiendo a la identidad del solicitante del concurso o al autor de la propuesta, y procedimentales, en atención al mecanismo seguido para su aprobación. Se exponen las estadísticas relativas a las expectativas de cobro de los acreedores desde el año 2006 en adelante, reflejando los balances del incumplimiento del convenio, así como las estadísticas referidas a las causas del incumplimiento del convenio y al periodo de vigencia del mismo.

Finalmente, la tercera parte de la tesis está integrada por los dos últimos capítulos, en los que se abordan las diferentes clases de incumplimiento, previa conceptualización de lo que ha de considerarse como tal y de los requisitos, objetivos y subjetivos, legalmente exigidos para que se pueda abrir la fase de liquidación tras el incumplimiento del convenio. También se analizan las consecuencias que se derivan del incumplimiento, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. En particular, se analizan las diversas causas de incumplimiento, tanto económicas como jurídicas, examinando las deficiencias estructurales del convenio como causa de incumplimiento final, reflejando los efectos del incumplimiento del convenio y de las interacciones entre la liquidación y el incumplimiento, de un lado, y entre el incumplimiento y la calificación concursal, de otro.



RESUMEN (en Inglés)

This doctoral thesis reveals the insufficiency of bankruptcy regulations for the debtor and his creditors to resort to the agreement mechanism as a "normal" solution to the bankruptcy, instead of systematically resorting to the liquidation of business assets, analyzing the legal regulation, the doctrinal contributions and jurisprudence on the bankruptcy agreement and the effects derived from it after its failure, mainly affecting the financial consequences derived from the opening of the liquidation phase and the opening or reopening of the qualification section.

In the study of the agreed solution of the contest, the work analyzes the causes that lead to its non-compliance, both from the economic and legal point of view. In particular, it discovers the causal relationship between agreements that are poorly formulated from their inception and their final breach. Faced with this problem, the research work legally illustrates how the negotiation process of the agreement should be approached and what should be the precautions adopted to avoid non-compliance.

Therefore, the research work identifies the structural causes of non-compliance with the agreement, based on the hypothesis that a relevant percentage of them is in a deficient negotiation and in an inadequate transfer to the legal field of the real economic capacity of the company to overcome the situation of temporary insolvency. In the background, it analyzes, in light of the recent doctrine of the Supreme Court, the difference between non-compliance with the "burdensome" agreement with respect to that which is approved with a lower degree of sacrifice within the legally defined limits of take and wait and its implications in the field of bankruptcy qualification.

Regarding the structure followed, this work consists of three perfectly differentiated parts.

The first part deals with the historical-legislative evolution of the legal regime applicable to the agreement in Spain, since the approval of the original Bankruptcy Law (BL), with the examination of the different reforms that have affected the matter, especially the relevant modification which involved the "dragging" of the privileged creditors and the consequences that this entails in the scope of the passive mass of the bankruptcy, until the current Consolidated Text of the Bankruptcy Law (CTBL). Also included, due to current regulatory requirements, is a brief section on the main regulatory changes in bankruptcy matters caused by the COVID-19 pandemic and a final section dedicated to the future perspective, which includes a brief note on the new draft reform of the CTBL. Next, the study of the legal regulation of the agreement in the



current CTBL is approached and the main modifications introduced in the matter with respect to the previous regulations are analyzed, referring the third chapter to the position of privileged credits in relation to the bankruptcy agreement, with careful analysis of the so-called "drag" of privileged creditors.

The second part of the thesis is oriented to the quantitative and qualitative analysis of the main causes of non-compliance, reflecting the statistics according to the characteristics presented by the different agreements: subjective, taking into account the identity of the applicant for the contest or the author of the proposal, and procedural, in attention to the mechanism followed for its approval. The statistics related to the collection expectations of the creditors from 2006 onwards are set out, reflecting the balances of the breach of the agreement, as well as the statistics referring to the causes of the breach of the agreement and the period of validity of the agreement.

Finally, the third part of the thesis is made up of the last two chapters, in which the different types of non-compliance are addressed, after conceptualizing what is to be considered as such and the requirements, objective and subjective, legally required so that the liquidation phase can be opened after the breach of the agreement. The consequences derived from non-compliance, both from a substantive and procedural point of view, are also analyzed. In particular, the various causes of non-compliance, both economic and legal, are analyzed, examining the structural deficiencies of the agreement as a cause of final non-compliance, reflecting the effects of non-compliance with the agreement and the interactions between settlement and non-compliance, on the one hand, and between the breach and the bankruptcy qualification, on the other.

**SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO
EN OVIEDO, A VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO.**

ÍNDICE

RESUMEN.....	15
PALABRAS CLAVE.....	16
ABSTRACT	17
KEYWORDS	18
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN.....	22
Presentación.....	22
Justificación del Trabajo de Investigación.	24
Objeto de la investigación.	26
Enfoque metodológico.....	27
Contenido y originalidad de la investigación.	28
CAPÍTULO I. El Convenio Concursal.....	30
1. El sistema español de Derecho concursal.....	30
1.1. Los principios informadores de la Ley Concursal.....	36
1.1.1 El principio de unidad de sistema.....	36
1.1.2. El principio de universalidad.....	38
1.1.3. El principio de la <i>par conditio creditorum</i>	43
1.2. La finalidad del concurso de acreedores.....	48
2. La naturaleza jurídica del Convenio Concursal en el Derecho español.	52

2.1. Introducción.....	52
2.1.1. Teorías procesalistas.....	58
2.1.2. Teorías contractualistas.	62
2.1.3. Teorías eclécticas.....	66
2.1.4. Postura del Tribunal Supremo.	68
2.2. Evolución histórico-legislativa: principales modificaciones normativas.	72
2.2.1. El Convenio en la Ley Concursal: ruptura sistemática y de fondo con la regulación tradicional del Código de Comercio.	72
2.2.2. Las reformas legislativas más trascendentes en materia de Convenio concursal.....	77
2.2.2.1. La normalización del concurso, la viabilidad y la dinamización del tejido empresarial.....	81
2.2.2.2. Medidas para superar la crisis económica de 2007-2012.	85
2.2.2.3. Modificaciones para la continuación de la actividad empresarial	87
2.2.2.4. El mecanismo de la segunda oportunidad	93
2.2.2.5. El Texto Refundido de la Ley Concursal.....	98
2.2.2.6. Modificaciones normativas en materia concursal originadas por lapandemia de la COVID-19.	100
2.2.2.6.1. Medidas gubernamentales en el ámbito concursal y societario	100
2.2.2.6.2. Medidas legislativas concursales y societarias	111
2.2.2.6.3. Medidas de apoyo a la liquidez y la solvencia empresarial.	113

2.2.2.6.4. Medidas adicionales de refuerzo de la solvencia con impacto macroeconómico.	114
2.3. Perspectiva de futuro.	117
CAPÍTULO II. Fundamentos de la regulación legal del Convenio en el actual Texto Refundido y sus principales modificaciones respecto de la normativa anterior.....	
1. Introducción.....	120
2. La propuesta de Convenio.	123
2.1. Requisitos formales.	124
2.2. Contenido.	126
2.2.1. Contenido general. Límites y excepciones.....	127
2.2.2. Sistemática seguida en la normativa concursal vigente.....	133
2.2.3. ...De la propuesta con asunción.....	138
2.2.4. Prohibiciones.	141
2.2.5. Propuestas sometidas a condición.	143
2.2.6. Propuestas con contenidos alternativos.	145
3. La propuesta anticipada de Convenio.....	147
3.1. Legitimación.....	150
3.2. Requisitos.....	151
3.3. Prohibiciones.....	152
3.4. Adhesiones.	155
3.3. Tramitación.....	158
3.3.1. Presentación.....	158

3.3.2. Admisión a trámite.	160
3.3.3. Evaluación por la Administración Concursal.....	161
3.3.4. Adhesiones de los acreedores.....	164
3.3.5. Aprobación judicial.	166
4. La propuesta ordinaria de Convenio. La fase de Convenio.....	170
4.1. Apertura y efectos de la fase de Convenio.	171
4.2. Presentación y tramitación de la propuesta de Convenio.....	174
4.2.1. Tramitación escrita.	180
4.2.2. La Junta de acreedores.....	182
4.2.3. Régimen de voto.....	188
4.2.4. Régimen de mayorías.	190
4.3. Aprobación judicial del Convenio.....	193
4.3.1. Trámite de oposición.	195
4.3.2. Legitimación para formular oposición.	197
4.3.3. Causas de impugnación.	200
4.3.4. Facultades del Juez: el control de oficio.....	203
4.4. Eficacia del Convenio.....	205
4.5. Cumplimiento del Convenio.....	210
4.5.1. Limitación de las facultades del deudor.	211
4.5.2. Deber de información.	214
4.5.3. Cumplimiento.	217

5. Especialidades en el procedimiento abreviado y en el concurso consecutivo.....	220
CAPÍTULO III. El Convenio y los créditos privilegiados	222
1. La extensión subjetiva del Convenio en la Ley Concursal de 2003 respecto de los acreedores privilegiados.	222
2. La valoración de las garantías de los créditos privilegiados	223
3. El arrastre de los créditos privilegiados.....	227
4. La regulación de los efectos del Convenio para con los créditos privilegiados en la normativa concursal vigente	232
5. Posición consolidada del Tribunal Supremo en la materia.....	233
CAPÍTULO IV. El incumplimiento del Convenio: análisis cuantitativo y estadístico	237
1. Introducción.....	237
2. Estadísticas según las características de los Convenios.	238
2.1. Convenios por identidad del solicitante del concurso.....	239
2.2. Convenios según el autor de la propuesta.	241
2.3. Convenios según el mecanismo de aprobación.....	243
3. Estadísticas relativas a la expectativa de cobro de los acreedores.	245
3.1. Año 2006.....	246
3.2. Año 2010.....	249
3.3. Año 2014.....	252
3.4. Año 2018.....	255
3.5. Año 2019.....	258
3.6. Año 2020.....	261

3.7. Comparativa entre los años anteriores.	264
4. Balance de incumplimiento de Convenio.....	266
5. Estadísticas según el período de vida del Convenio y las causas de su incumplimiento.....	268
CAPÍTULO V. Tipología del incumplimiento: aspectos económicos y jurídicos	272
1. El incumplimiento de Convenio.....	272
1.1. Consideraciones generales.	272
1.2. Concepto de incumplimiento.	275
1.2.1.La entidad del incumplimiento.....	276
1.2.2.La autoría del incumplimiento.....	279
1.2.3..El elemento subjetivo del incumplimiento.....	282
1.3. Legitimación activa.....	284
1.4. Procedimiento.....	287
2. Deficiencias estructurales del Convenio como causa de incumplimiento final.	288
2.1. Introducción.	288
2.2. Problemas típicos en la negociación.	291
2.2.1. Las garantías exigidas por los acreedores privilegiados.....	292
2.2.2. Conflictos entre acreedor y avalista: los límites subjetivos del Convenio.....	29
2.3. Abordaje del crédito privilegiado.....	300

2.4.	La importancia del plan de pagos.....	304
2.4.1.	Recursos previstos para el cumplimiento del Convenio.....	305
2.4.2.	Operaciones de enajenación.....	307
2.4.3.	Pago de créditos contra la masa.....	308
2.4.4.	Delimitación de los períodos de espera.....	309
2.5.	El plan de viabilidad como piedra angular del Convenio.	310
3.	Los efectos del incumplimiento del Convenio.	314
4.	Interacción entre liquidación e incumplimiento.	318
CAPÍTULO VI. Incumplimiento del Convenio y calificación concursal		323
1.	Introducción.....	323
2.	Apertura y/o reapertura de la Sección sexta e incumplimiento.	326
2.1.	El incumplimiento de Convenio como presunción de culpabilidad concursal.....	329
2.2.	Apertura y reapertura de la sección de calificación.	332
3.	Enjuiciamiento total o parcial en el Convenio gravoso y en el ordinario.....	334
4.	Corrientes doctrinales, evolución y solución jurisprudencial. Incorporación en el Texto Refundido de la Ley Concursal.....	338
4.1.	Corrientes doctrinales con relación al enjuiciamiento de conductas anteriores a la aprobación del Convenio no gravoso. Incorporación en el Texto Refundido de la Ley Concursal.....	340
4.2.	Corrientes doctrinales y jurisprudenciales con relación al enjuiciamiento de conductas posteriores a la aprobación del Convenio.....	344

CONCLUSIONES.....	348
Consecuencias derivadas de la investigación y propuestas de <i>lege ferenda</i>	348
LISTADO DE GRÁFICOS	370
TABLAS ESTADÍSTICAS.....	372
BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA.....	374
REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA CITADO.....	382

AGRADECIMIENTOS

Tras casi cinco largos años de esfuerzo y considerable entrega al presente trabajo de investigación, mi tesis doctoral, por fin, verá la luz, culminando así un tortuoso periplo de altibajos emocionales, de atascos de inspiración y de inevitable dedicación a las que han venido constituyendo en los últimos años mis actividades profesionales habituales, la jurisdiccional, como Magistrado de lo Mercantil, y la académica, como Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Oviedo, que, aunque han representado obstáculos que han lastrado en el tiempo la investigación desarrollada, al no poder dedicar a tan ardua labor todo el tiempo que hubiera deseado, me han servido de inestimables y enriquecedoras fuentes de conocimiento a través de la experiencia profesional acumulada en un órgano jurisdiccional especializado estrechamente vinculado con el objeto de la tesis y de las desinteresadas aportaciones académicas proporcionadas por el ente universitario, lo que, considero, han mejorado cualitativamente el trabajo realizado.

En este apartado de especiales agradecimientos quiero resaltar que, aunque pueda parecer un trabajo individual, el autor del mismo es, simplemente, el escaparate que luce al público, quedando en la trastienda un importante cúmulo de ayudas, correcciones y consejos proporcionados, directa o indirectamente, por invisibles personas que han coadyuvado, sin el protagonismo y relevancia que alcanza el autor, a desarrollar, primero, y, finalmente, concluir, el presente trabajo de investigación, resultando obligado el genérico reconocimiento a todos ellos porque sin su apoyo la presente tesis no hubiera existido.

Concretando tal impersonal reconocimiento destaco a dos personas a las que quiero expresar mi gratitud. En primer lugar, al director de la tesis doctoral, D. Luis Manuel Piloñeta Alonso, quien me ha brindado su amistad, orientación y asesoramiento de manera constante, decidida y sin desfallecimiento, con un trato personal exquisito y con una humildad y generosidad en la transmisión de conocimientos que merece mi consideración más distinguida. A él debo, especialmente, la decisión de presentar mi candidatura a la plaza de Profesor Asociado del Departamento de Derecho Privado y de

la Empresa, Área de Derecho Mercantil de la Universidad de Oviedo, insistiendo de manera decidida y, me consta, apostando denodadamente, por mi incorporación a tal distinguido elenco de académicos, hecho éste que marcó un antes y un después en la realización de la tesis doctoral, al permitirme interiorizar la labor investigadora en el desarrollo de la práctica formativa.

Y, en segundo lugar, también quiero agradecer, sentida y sinceramente, a mi esposa, Ana, su inquebrantable fe en mí y su constante apoyo, permitiendo que pudiera dedicarme en cuerpo y alma al alumbramiento de este ensayo académico, inculcándome la estabilidad emocional y la seguridad psicológica necesarias para concluir la tesis en un periodo de tiempo aceptable, razones todas ellas que la hacen merecedora de mi reconocimiento y gratitud.

Aparte de estas dos dedicatorias especialmente vinculadas a la presente tesis doctoral, también quiero aprovechar este apartado para extender mi agradecimiento a otras personas que han influido en mí de un modo decisivo y sin las cuales esta limitada aportación a la ciencia jurídica jamás habría sido alumbrada.

Empiezo por mis padres, Miguel y María del Carmen, pues su esfuerzo ha sido el primer peldaño que hoy representa la escalera de este concluso trabajo de investigación. Con una humilde entrega, sus sacrificios sirvieron para que estudiara la carrera de Derecho, finalizándola con éxito, y a partir de ahí llegar a donde las circunstancias me han permitido.

También quiero destacar a diversos amigos, juristas y economistas, que han influido de manera decisiva en mi visión del Derecho y de la Economía y en la crucial importancia que tiene la labor que desarrollan los diferentes operadores jurídicos y económicos en nuestra sociedad, describiéndoles con calificativos que resumen lo que para mí representan y que constituyen humildes aspiraciones de este doctorando: la integridad, en el caso del Ilmo. Sr. D. José Ignacio Pérez Villamil, persona que atesora un cúmulo de valores que pueden identificarse con el ideal subjetivo de justicia que el ciudadano espera cuando demanda tutela ante los órganos judiciales; la sabiduría, al referirme a D. Juan Javier Rubio Menéndez, no limitada al ámbito económico pero especialmente vinculada a él; la sensatez e ilustración de D. Joaquín Alonso Vigil, amigo desde la infancia, compañero de Colegio, de Facultad, de profesión y de la

vida; la bonhomía y nobleza de D. Indalecio Talavera Salomón, en otros tiempos “*Jefe*” y siempre amigo; y la competencia, maestría y prudencia de D. Viliulfo Aníbal Díaz Pérez, a cuyos consejos y auxilio puedo recurrir siempre por su carácter afable, su experiencia vital y profesional y sus vastos conocimientos jurídicos y económicos.

Aprovecho, igualmente, para agradecer las aportaciones recibidas en el ámbito mercantil por extraordinarios juristas, que merecen mi reconocimiento y consideración, plasmando en este apartado su identidad: por el bloque de los Magistrados, el Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo, mi “*preparador*” de las pruebas de acceso a la carrera judicial, culpable en coautoría o, cuando menos, en complicidad, de mi actual condición de Magistrado; el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Álvarez de Linera Prado, noble y leal compañero de jurisdicción y amigo, que me ha dedicado desinteresadamente muchas horas para “*cantar*” los temas de la prueba oral de la especialidad mercantil, con extraordinaria entrega y con un entusiasmo que, incluso, sobrepasaba al del aspirante; el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, el Ilmo. Sr. D. José María Blanco Saralegui, el Ilmo. Sr. D. Francisco de Borja Villena Cortés y la Ilma. Sra. Dña. Ana María Gallego Sánchez, por su altruismo, erudición y extraordinaria formación proporcionada en el Curso de preparación de la especialidad mercantil del Consejo General del Poder Judicial; el Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro y el Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes, compañeros de la jurisdicción mercantil en Asturias a quienes siempre puedo acudir para colmar mis amplias lagunas de conocimiento en la materia, estando dispuestos a ayudarme en todo momento; y por el bloque de los Abogados, mi reconocimiento más sincero a D. José Ramón Alonso Álvarez, amigo con mayúsculas, de quien he recibido importantes auxilios cuando más los precisaba; D. José Beramendi Marturet, compañero y amigo, por su rigurosidad y buen hacer profesional; D. Fernando Martínez Sanz, Catedrático de Derecho Mercantil, Abogado y Administrador Concursal, por hurtarle un tiempo siempre necesario para aportarme su visión formal, sobre la elaboración de la tesis, y material, sobre el incumplimiento del Convenio; y, muy especialmente, D. Alejandro Alvargonzález Tremols, a quien cito en numerosas ocasiones en el presente trabajo, por su cooperación desinteresada, rectitud, sensatez y fundado criterio jurídico.

También quiero dedicar un agradecimiento especial a D. Julio Carbajo González, profesor titular de la Universidad de Oviedo, por la colaboración que me ha dispensado en la correcta redacción de esta tesis doctoral, facilitándome documentación

e información que me han servido de una notable ayuda, así como por su apoyo y consejo y, sobre todo, por escucharme.

Asimismo, quiero expresar mi gratitud al Letrado Sr. D. Jesús López de Lerma Ruiz, por brindarme su ayuda en la recta final de la presente tesis doctoral, facilitándome un trabajo titulado “*El incumplimiento del Convenio en la Ley Concursal*”, que sirvió de base a la Ponencia por él pronunciada el día 16 de Septiembre de 2008 en el Curso sobre “*El Convenio Concursal en el Concurso de Acreedores*”, co-organizado por los Ilustres Colegios de Censores Jurados de Cuentas de España y de Abogados de Oviedo.

Para finalizar, en el plano institucional, mis agradecimientos van dirigidos a los Ilustres Colegios de Abogados de Oviedo y de Gijón, de Economistas de Asturias y de Titulados Mercantiles y Empresariales del Principado de Asturias, para los que he impartido diversas jornadas y Cursos de formación en materia mercantil y, muy especialmente, concursal, sintiéndome honrado de integrar el listado de formadores por ellos elegidos para sus colegiados; al Consejo General del Poder Judicial, por el extraordinario Fondo de Documentación Judicial que, a través del CENDOJ y de las Bases de Datos comerciales, pone a disposición de Jueces y Magistrados y que, gracias a él, he podido acceder a diferentes bibliotecas judiciales, jurisprudencia, legislación y publicaciones varias que quedan reflejadas en las referencias bibliográficas y repertorio de jurisprudencia que se incluyen en el presente trabajo; y, por último, a la Universidad de Oviedo, por hacerme partícipe, como alumno y como profesor, del enriquecedor mundo académico universitario, lo que me permite aprender y progresar constantemente en el ámbito jurídico mercantil. En especial, quiero personalizar este agradecimiento en los Catedráticos de Derecho Mercantil Sr. D. José María Muñoz Paredes y D. Alejo Rueda Martínez, quienes me abrieron las puertas de la Universidad de Oviedo y bajo cuyos auspicios empecé -hace ya algunos años- mi labor docente como Profesor Asociado, una apuesta valiente de la que ambos son corresponsables junto con el director de esta tesis, D. Luis Manuel Piloñeta Alonso.

A todas estas personas, decisivas en la culminación de la presente tesis doctoral,
MUCHAS GRACIAS.

RESUMEN

Puede afirmarse, sin temor a equívocos, pues así lo revelan los datos estadísticos de la última década analizados en el presente trabajo de investigación, que la solución pactada que representa el Convenio, como mecanismo de conclusión del Concurso de acreedores, ha resultado fallida en la Ley Concursal. Es cierto que la promulgación de la Ley Concursal en 2003 supuso un notable avance en la materia, reforzando el principio de la autonomía de la voluntad como medio para alcanzar una solución válida, ordenada y negociada en el Concurso de acreedores, pero lo cierto es que dista, con mucho, de ser la solución ideal que estaba presente en la mente del legislador al regular el Convenio concursal.

La investigación llevada a cabo revela la insuficiencia de la normativa concursal para que deudor y acreedores acudan al mecanismo del Convenio en lugar de hacerlo de forma sistemática a la liquidación de los activos empresariales. Para llegar a tal conclusión, se examina la naturaleza jurídica del Convenio y los requisitos, contenido y tramitación de la propuesta de Convenio y de la propuesta anticipada de Convenio, para estudiar seguidamente la evolución del régimen legal del Convenio desde la aprobación de la originaria Ley Concursal hasta su actual configuración legal en el Texto Refundido, con especial atención a la relevante modificación legislativa ocurrida en 2014 que supuso el arrastre de los acreedores privilegiados.

En la obra también se analizan, cuantitativa y cualitativamente, con datos estadísticos, las expectativas de cobro de los acreedores y las principales causas de incumplimiento, entre las que destaca la deficiencia estructural del Convenio, evidenciando los problemas típicos que se presentan en la negociación, así como los principales efectos derivados del incumplimiento y su interacción con la liquidación.

Finalmente, la tesis aborda las inevitables consecuencias del incumplimiento, con la apertura y/o reapertura de la calificación concursal, y se examinan las diferentes aportaciones de las corrientes doctrinales y jurisprudenciales más relevantes relativas al enjuiciamiento de conductas anteriores y posteriores a la aprobación del Convenio.

PALABRAS CLAVE

Convenio, Concurso de acreedores, incumplimiento del Convenio, efectos del incumplimiento del Convenio, liquidación, Sección de calificación, responsabilidad concursal.

ABSTRACT

It can be affirmed, without fear of misunderstandings, as the statistical data of the last decade analyzed in this research work reveal that the creditors' Agreement represents, as a mechanism for the conclusion of the Bankruptcy, has turned out to be a failure in the Insolvency Law. It is true that the enactment of the Bankruptcy Law in 2003 represented a remarkable advance in the matter, reinforcing the principle of the autonomy of the parties as a means to reach a valid, ordered and negotiated in the Bankruptcy proceeding, but the truth is that it is far from being the ideal solution that was present in the mind of the legislator when regulating the Creditors' Agreement.

The investigation carried out reveals the insufficiency of the bankruptcy regulations for the debtor and creditors to resort to the mechanism of the Agreement instead of doing it systematically to the liquidation of business assets. To reach such a conclusion, the legal nature of the Agreement and the requirements, content and processing of the proposed Agreement and the anticipated proposal of the Agreement are examined, to then study the evolution of the legal regime of the Agreement since the approval of the original Law. Bankruptcy up to its current legal configuration in the Consolidated Text, with special attention to the relevant legislative amendment that occurred in 2014 that led to the dragging of privileged creditors.

The work also analyzes, quantitatively and qualitatively, with statistical data, the collection expectations of creditors and the main causes of non-compliance, among which the structural deficiency of the Agreement stands out, highlighting the typical problems that arise in the negotiation, as well as the main effects derived from the default and its interaction with the settlement.

Finally, the thesis addresses the inevitable consequences of non-compliance, with the opening and / or reopening of the bankruptcy qualification, and examines the different contributions of the most relevant doctrinal and jurisprudential currents regarding the prosecution of conduct before and after the approval of the Agreement. .

KEYWORDS

Agreement, Bankruptcy, Breach of the Agreement, Consequences of breach of the Agreement, Liquidation, Determination of the degree of fault, Insolvency liability.

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP	Administraciones Públicas
AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AAVV	Autores varios
Ap.	Apartado
Art./arts.	Artículo/artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Cfr.	Confróntese
Coord.	Coordinador/coordinadores
DAFO	Debilidades, Amenazas, Fortalezas, Oportunidades
Dir./Dir.	Director/directores
E. de M.	Exposición de Motivos
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo

ET	Estatuto de los Trabajadores
Etc.	Etcétera
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
INE	Instituto Nacional de Estadística
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LC	Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal
LCSP	Ley 9/2017, de 9 de Noviembre, de Contratos del Sector Público
LEC	Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria
LME	Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
N.º/núm.	Número/número
Ob. cit.	Obra citada
P./p.p.	Página/páginas
RD	Real Decreto
RD-L/RD-Ley	Real Decreto-Ley
REFOR	Registro de Economistas Forenses
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

SMI	Salario Mínimo Interprofesional
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
Ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TRLC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de Mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
V. gr.	Verbigracia
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Presentación

La presente tesis doctoral fue realizada dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Oviedo en el ámbito de la línea de investigación titulada: “*Los nuevos retos del Derecho en una sociedad en transformación*”. El objeto principal de la tesis consiste en examinar detenidamente el incumplimiento del Convenio en el concurso de acreedores, con expresión de sus causas, aportándose al efecto datos y análisis cuantitativos y estadísticos, y de sus consecuencias, sustantivas y procesales.

El desarrollo de la investigación ha tenido lugar en dos etapas. La primera, corresponde al periodo comprendido entre 2016 y 2019, en la que se realizó la labor de recopilación y análisis preliminar de los materiales, principalmente de naturaleza legislativa y jurisprudencial, para dar comienzo seguidamente a su estudio tras la elaboración y presentación del Plan de Investigación. La segunda parte, más intensa, con aprovechamiento del material recopilado y analizado, se ha desarrollado a lo largo del año 2020 y lo que llevamos del presente 2021, periodo en el cual se ha procedido también a la adaptación del trabajo a la importante reforma que ha supuesto el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), con revisión de contenidos y redacción final de la obra, junto con sus conclusiones, además de las correcciones del texto, que dieron paso a los trámites y actuaciones dirigidos al depósito de la tesis y preparación de su defensa oral ante el Tribunal encargado de juzgarla.

He prescindido del análisis del Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal por dos razones fundamentales. De un lado, porque se trata de un simple Anteproyecto, cuya versión final puede diferir notablemente de la inicial voluntad del legislador en él plasmada, lo que obligaría a realizar un seguimiento del texto normativo, no resultando posible en el momento actual atendidas la fecha de publicación del mismo en Agosto de 2021 y la limitación temporal en la presentación de este trabajo de investigación, que se encontraba en su recta final al tiempo de la publicación del Anteproyecto. Y de otro lado, en el que el objeto de la tesis es, fundamentalmente, el análisis del contenido del Convenio concursal y de su

incumplimiento, esto es, de las vicisitudes que presenta un Convenio ya aprobado, al margen de cómo o bajo qué norma haya sido aprobado el mismo.

Justificación del Trabajo de Investigación

El Convenio es la solución para el concurso de acreedores que el legislador en 2003 califica como “*normal*”, sirviendo de medio a través del cual pueda obtenerse la viabilidad empresarial, superando una etapa previa de crisis económica por insolvencia actual o inminente. La satisfacción pactada de la deuda concursal no es solo la alternativa a la solución “*anormal*” que supone la liquidación, sino una salida siempre presente en el concurso de acreedores, incluso en la fase de liquidación, pues la viabilidad empresarial también puede conseguirse mediante la transmisión de las unidades productivas de bienes y servicios del concursado, lo que asegura la continuidad empresarial, que, en definitiva, es la principal aspiración del legislador al otorgar preponderancia al Convenio sobre la liquidación. La Exposición de Motivos de la originaria Ley Concursal de 2003 es la mejor muestra de esta forma de entender las cosas.

La motivación esencial del presente trabajo de investigación reside en analizar los efectos que se producen sobre la comunidad de pérdidas tras fracasar la solución pactada, incidiendo principalmente en las consecuencias patrimoniales derivadas de la inevitable apertura de la liquidación, así como en el control judicial —por principio estrictamente jurídico y no de oportunidad— que debe extenderse a los términos de la apertura o reapertura de la Sección de calificación, así como a los aspectos secundarios también generados con la liquidación: ejecuciones separadas, nueva determinación de las masas activa y pasiva, etc.

La crisis económica de estos últimos años ha supuesto y supondrá un incremento exponencial de los concursos de acreedores. La inmensa mayoría de los procedimientos concursales se ven abocados a la liquidación, y es un hecho constatado también que, del aproximadamente 5 % de empresas que alcanzan la vía del Convenio, alrededor de la mitad terminan en liquidación por incumplimiento del mismo. Estos terribles datos estadísticos, que serán expuestos en el presente trabajo de investigación, permiten afirmar que la solución “*normal*” que representa el Convenio, en realidad, en la práctica concursal, constituye la salida “*anormal*”, o excepcional, representando la liquidación la solución “*habitual*” del concurso de acreedores en España.

Examinando la regulación legal del Convenio concursal, resulta procedente analizar las causas que abocan a su incumplimiento, tanto desde un punto de vista económico -principalmente- como abordando la cuestión en el ámbito jurídico, y, en particular, tratando de descubrir las interacciones entre un Convenio mal planteado y su incumplimiento final. Ante esta problemática, la presente tesis trata de definir jurídicamente cómo debe abordarse el proceso de negociación del Convenio y cuáles son las medidas que cabe adoptar para intentar evitar su ulterior incumplimiento.

Objeto de la investigación

El objetivo principal de la presente investigación es identificar las causas estructurales del incumplimiento del Convenio, partiendo de la hipótesis de que un porcentaje relevante de ellas reside en una deficiente negociación y en una inadecuada traslación al campo jurídico de la capacidad económica real de la empresa para superar la situación de insolvencia transitoria.

Al lado de este objetivo primario, hay otro secundario que guarda relación con el tratamiento jurídico de la calificación concursal, a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Supremo (en adelante, TS) sobre la diferencia entre el incumplimiento del Convenio gravoso respecto del que se aprueba con un grado de sacrificio inferior a los límites de quita y espera definidos legalmente.

Enfoque metodológico

El conocimiento a fondo de la función económica de las normas y el contacto con la práctica constituyen presupuestos ineludibles de cualquier investigación mercantil. La presente investigación ha seguido el método de observación de la realidad, partiendo en todo momento de las enseñanzas de la jurisprudencia de intereses, convencido -como estoy- de que las normas jurídicas no deben interpretarse y aplicarse de modo dogmático sino con arreglo a su espíritu y finalidad, atendiendo a la realidad de su tiempo. Se ha buscado en esa realidad la problemática fundamental del Convenio de acreedores y de su incumplimiento. De igual modo, he intentado huir de la seducción de las grandes construcciones y de la pura especulación, contrastando cada hipótesis con los hechos y sin perder nunca de vista la práctica concursal.

En este proceso, el conocimiento de la jurisprudencia y de la doctrina sobre la materia desempeña un papel esencial. Se han tomado en consideración las voces más autorizadas de los autores y consultado la bibliografía especializada, y, sobre todo, se han examinado de forma exhaustiva las resoluciones judiciales que se han ocupado de diversos aspectos del tema y muy particularmente las que han contribuido a sentar las bases de la doctrina jurisprudencial relevante en torno a la materia objeto de análisis.

Tales premisas constituyen la base de la investigación y han permitido a este autor llevar a cabo el análisis crítico de la regulación positiva que sirve de colofón a la investigación.

Contenido y originalidad de la investigación

La tesis analiza, en primer lugar, la evolución histórico-legislativa del régimen legal aplicable en España al Convenio, desde la aprobación de la originaria Ley Concursal de 2003 hasta el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) de 2020. La entrada en vigor de esta reforma ha incidido de manera trascendente en este trabajo de investigación, que se inició en el año académico 2016/2017, y en su recta final, hubo de hacer frente al cambio legislativo que supuso el nuevo TRLC, exigiendo una modificación y adaptación de la obra a la nueva regulación legal, que no se limitó a un cambio estético o de mera refundición legal, sino que dio lugar a la introducción de importantes criterios doctrinales y jurisprudenciales en la materia, ausentes en la originaria Ley Concursal, con el consiguiente esfuerzo adicional al ya inherente a la redacción de cualquier trabajo jurídico. La investigación también presta especial atención a la relevante modificación que supuso el arrastre de los acreedores privilegiados y las consecuencias que ello conlleva en el ámbito de la masa pasiva del concurso.

La segunda parte de la investigación está orientada al análisis cuantitativo y cualitativo de las principales causas de incumplimiento del Convenio, en función de las especiales características que presentan los diferentes Convenios: subjetivas, atendiendo a la identidad del solicitante del Concurso o al autor de la propuesta de Convenio, y procedimentales, si nos fijamos en el mecanismo seguido para su aprobación. Se exponen las estadísticas relativas a las expectativas de cobro de los acreedores desde el año 2006 en adelante, reflejando el balance de incumplimiento de Convenio. Así como las estadísticas sin duda más relevantes en relación a la materia que constituye el objeto de la tesis, que son las referidas a las causas del incumplimiento del Convenio y al periodo de vigencia del mismo.

Finalmente, en la tercera parte, integrada por los dos últimos capítulos de la obra, se abordan las diferentes clases de incumplimiento, previa conceptualización de lo que ha de considerarse como tal y de los requisitos, objetivos y subjetivos, legalmente exigidos para la apertura de la fase de liquidación derivada del incumplimiento del Convenio. El análisis se extiende, además, a las consecuencias que se generan a raíz del incumplimiento, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, con especial

dedicación al papel que juega la Administración Concursal tras la denuncia del incumplimiento, al tener que reelaborar los textos definitivos del Concurso y proceder a la apertura o reapertura de la sección de calificación del concurso, poniendo de manifiesto las corrientes doctrinales y jurisprudenciales relativas al enjuiciamiento de conductas anteriores y posteriores a la aprobación del Convenio, en función de su carácter gravoso o no gravoso para los acreedores.

Descritos, sintéticamente, los objetivos de este trabajo, ha de resaltarse que la originalidad de la investigación radica en el análisis, desde una perspectiva jurídica, de la legislación, doctrina y jurisprudencia relativas al Convenio concursal, poniendo de relieve las deficiencias que el mismo presenta como principal causa de incumplimiento, el nivel de condicionalidad de quitas y/o esperas inadecuadamente propuestas para la aprobación del Convenio y los límites de la culpabilidad del concurso en el Convenio no gravoso que, finalmente, resulta incumplido, lo que constituye un trabajo inédito en el ámbito jurídico-concursal.

La obra incorpora datos estadísticos, reflejando los porcentajes de incumplimiento de Convenios concursales en función de las causas que los han generado. También lleva a cabo un examen de los datos estadísticos obtenidos para calcular cuál es el tiempo medio de vigencia del Convenio antes de su incumplimiento. Aspecto crucial es la determinación de en qué medida ha repercutido en el incumplimiento la satisfacción íntegra o parcial del crédito privilegiado, que es ajeno al mismo, pero igualmente exigible, así como la incidencia de las ejecuciones singulares y el grado de generación de recursos económicos con los que afrontar los plazos de satisfacción de los créditos ordinarios y subordinados.

CAPÍTULO I

El Convenio Concursal

1. El sistema español de Derecho concursal

La línea marcada por el Derecho patrimonial español clásico, surgida con la Codificación, tanto del Derecho Civil como del Derecho Mercantil, se rompe con la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (en adelante, LC). Esta Ley marca un hito en la moderna concepción normativa del Derecho de quiebra, no resultando influenciada por los defectos inherentes a la Codificación que se plasmaron en la legislación patrimonial decimonónica y que tuvieron reflejo en una regulación anacrónica, que daba lugar a soluciones injustas y a cuyo albor se desarrollaban prácticas fraudulentas manifiestamente contrarias a su verdadero espíritu y vocación. El Derecho patrimonial español previo a la Ley Concursal arrastraba todas las taras y carencias propias de la Codificación: arcaísmo, inadecuación, dispersión y discordancia.

El sistema español de la quiebra anterior a la reforma del año 2003 estaba estructurado sobre la base de la tradicional dualidad de Códigos de Derecho privado: Código Civil para el Derecho Civil y Código de Comercio para el Derecho Mercantil o Derecho del comercio, así como en una regulación que separaba las normas procesales, principalmente, aunque no exclusivamente, recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de las sustantivas. En su virtud, eran varias las instituciones destinadas a tratar la insolvencia -quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y procedimiento de quita y espera-, lo que se traducía en una multiplicidad de procedimientos concursales y una dispersión de normas que en ningún caso favorecían la unidad jurídica deseable y exigible en la materia. La concurrencia de textos de distinta procedencia se veía agravada por la manifiesta inadecuación a la realidad económica y social españolas de su contenido, al mantenerse la vigencia de buena parte de los artículos en la materia del primer Código de Comercio, promulgado por Fernando VII en el año 1829, en la medida en que venían invocados por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en vigor pese a la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, y hasta la entrada de la Ley Concursal.

Es en este escenario donde se proyecta la reforma y modernización del Derecho Concursal español, que presenta como estandarte la Ley Concursal de 2003 y que, es justo reconocer, ha significado uno de los mayores hitos legislativos en la historia jurídica de nuestro país. Esta reforma global llega ante la imposibilidad del legislador de remediar los defectos de los que adolecía la regulación de antaño, que en muchas ocasiones, más que clarificar los supuestos de hecho regulados, contribuyeron a complicar el sistema concursal, incrementando la dispersión normativa e introduciendo privilegios y alteraciones poco coherentes y no siempre fundados en criterios de justicia.

La Ley 22/2003 puso fin a más de cien años de extensos e intensos debates acerca de cuáles deben ser las formas de resolver las situaciones de insolvencia, que enfrentaron a muy diversas posiciones jurídicas: de procesalistas contra mercantilistas; Derecho público *versus* privado; intervención o libertad; medidas preventivas frente a correctoras¹. El movimiento reformador del Derecho codificado en torno a la materia comenzó a finales del Siglo XIX y auspició numerosos proyectos de reforma, que no terminaron de ver la luz como normas positivas y también dio lugar a la aprobación de normas que, teniendo vocación provisional, se tornaron en definitivas, como la Ley de Suspensión de Pagos de 1922².

Como consecuencia de las tensiones anteriores y con un más que manifiesto retraso, nació la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, que el mismo legislador define como «*un texto legal que se propone corregir las deficiencias del anterior derecho con soluciones en las que puede apreciarse el propósito de coordinar la originalidad del nuevo sistema concursal con su armónica inserción en el conjunto de nuestro ordenamiento*».³

¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (coord.), *La Reforma de la Legislación Concursal*, Marcial Pons, España, 2003, pp. 90-91.

² HÖLDERL FRAU, H. A., *El Convenio en la quiebra y en la nueva Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 65.

³ E. de M. I de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. No debe olvidarse la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que coadyuva a la materialización de aquélla, modificando normas sustantivas y procesales que requerían de una Ley Orgánica. Esta reforma

Antes de adentrarnos en el estudio y análisis del Convenio concursal y su incumplimiento, se impone la necesidad de matizar, a modo de exordio introductorio, la estructura básica del Concurso de acreedores, introducida por la anterior LC y mantenida en el vigente TRLC.

En tal sentido, a la hora de diseñar y estructurar el Concurso de acreedores, el legislador optó por organizar su tramitación procesal en seis Secciones, que se desarrollan en tres fases claramente diferenciadas: fase común, fase de Convenio y fase de liquidación.

El procedimiento concursal comienza a instancia de los legitimados para solicitar la declaración de concurso (art. 3 TRLC), no pudiendo ser declarado de oficio ni a solicitud del Ministerio Fiscal, e implica la formación de la Sección primera. De ser estimada, el Auto declarando el concurso del deudor apertura la fase común y comporta también la formación de las Secciones segunda, tercera y cuarta (arts. 31.1 y 32 TRLC). Durante el transcurso de la fase común se definirá la situación del concursado y la Administración Concursal emitirá su informe provisional, donde determinará, asimismo, la masa activa y pasiva, además de la calificación y la clasificación de los créditos.

Entre otros trámites, en esta fase se incluye el nombramiento y la determinación de las facultades de la Administración Concursal; la decisión y ejecuciones de los efectos inherentes a la declaración de concurso y que afectan a deudor, acreedores, créditos y contratos; la delimitación de la masa activa y el ejercicio de acciones de reintegración, en su caso; la comunicación de los créditos por parte de los acreedores y su reconocimiento y clasificación por la Administración Concursal. Pone término a la fase común la finalización del plazo para impugnar el inventario de bienes y la lista de acreedores sin que existan impugnaciones, o, en su caso, la presentación de los textos definitivos una vez resueltas éstas (art. 306 TRLC).

se centra en los derechos fundamentales del deudor, que pueden verse afectados por la nueva regulación; la concentración en un solo órgano judicial de las materias consideradas de especial trascendencia para el deudor, que conlleva la creación de los Juzgados de lo mercantil; y en la creación de los Tribunales de marcas comunitarias, de conformidad con las previsiones del Derecho comunitario.

Esta primera fase es fundamental porque permitirá delimitar las masas activa y pasiva del Concurso, con un inventario definitivo de bienes y derechos y con la elaboración de un listado en el que se relacionan los acreedores, con sus correspondientes créditos, debidamente clasificados y cuantificados. La fase en cuestión se desarrolla de manera muy encorsetada, en unos plazos de rigurosa observancia por los intervinientes en el proceso concursal, en aras todo ello de una mayor agilidad procedimental que permita salir al deudor cuanto antes de la situación de concurso para llegar, con la debida seguridad jurídica para los acreedores, a la solución pactada o, en su caso, culminar con la realización de los bienes y derechos del concursado antes de que los mismos se deprecien notablemente por el transcurso del tiempo en manifiesto perjuicio de los acreedores. Precisamente, una de las medidas normativas pensadas para tal agilización es la imposibilidad de recurrir las decisiones judiciales adoptadas en el seno de los incidentes concursales que versen sobre impugnaciones del inventario de bienes y derechos de la masa activa o que afecten a la lista de acreedores y sus créditos, sin perjuicio de su ulterior planteamiento o reproducción en la fase de liquidación, donde sí cabrá recurso.

Una vez que la Administración Concursal constata la situación patrimonial real del deudor, debe abordarse su solución, abriéndose la fase de Convenio o, en su caso, la de liquidación, que constituyen la Sección 5ª.

El Convenio concursal es la solución que el legislador ha considerado como norma general, a la finalización de la fase común. En esta fase de Convenio se reciben, tramitan y evalúan las diferentes propuestas de Convenio presentadas, se constatan las adhesiones a las mismas y se convoca, constituye y celebra la Junta de acreedores, encargada de proceder a la votación de las mismas. La fase de Convenio puede terminar con la aceptación del Convenio por los acreedores y su aprobación judicial, o bien con la apertura de la fase de liquidación, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo.

Sin embargo, no debe olvidarse que la Ley Concursal legitima al concursado para presentar, ya durante la fase común, una propuesta anticipada de Convenio cuando no se halle en algunas de las prohibiciones del art. 335.1 TRLC, siempre que dicha propuesta vaya acompañada de las adhesiones necesarias y concurren determinados requisitos (art. 334 TRLC). La aprobación inicial de la propuesta anticipada de

Convenio va a suponer que el pacto alcanzado entre deudor y acreedores tendrá plenos efectos y pondrá término a la fase común, sin necesidad de iniciar la ulterior fase de Convenio.

La fase de liquidación, también integrante de la Sección 5ª, se abre normalmente como consecuencia de la imposibilidad de alcanzar un Convenio, pero nada impide que pueda acudir a ella y abrirse directamente, sin tener que pasar previamente por la fase de Convenio. En este sentido, tanto el Texto Refundido vigente como la Ley Concursal de 2003 conceden al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del Concurso, como alternativa a la de Convenio, pero también le imponen el deber de solicitar la liquidación cuando durante la vigencia de un Convenio conozca la imposibilidad de cumplirlo. En los demás supuestos, cuando la fase de liquidación se abre de oficio o a solicitud de los acreedores, la liquidación se erige como una solución subsidiaria que opera en caso de no alcanzarse o frustrarse el cumplimiento de un Convenio⁴.

La fase de liquidación agrupa la realización de todos aquellos trámites tendentes a la enajenación del patrimonio del deudor y el consiguiente pago con el producto obtenido, en la medida de lo posible y de forma ordenada, a los acreedores que ostenten créditos reconocidos.

Esta fase requiere de la previa elaboración por la Administración Concursal de un Plan de liquidación que debe ser aprobado judicialmente, que constituye la “norma básica de la liquidación”, y está llamada a marcar sus pautas. Solamente para el caso de que no se haya presentado un Plan de liquidación o no se haya previsto en él alguna cuestión, resultarían de aplicación supletoria las reglas liquidatorias del art. 420 TRLC (derogado art. 149 LC).

⁴ E. de M. (VII) de la Ley Concursal. La fase de liquidación solo se abrirá en los siguientes casos: cuando lo solicite el deudor en los casos previstos en el art. 141.2 y 2 LC; a instancia del acreedor en el supuesto del art. 142.II LC; por la Administración Concursal en los casos de cese de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 142.3 LC); o por el juez de oficio (art. 143 LC).

El concurso de acreedores finalizará con la apertura, en su caso, de la Sección de calificación, que es la Sección 6ª y presenta un carácter contingente, pues puede ocurrir, como se verá, que no se llegue a abrir tal fase, tramitación que sí será obligatoria en todos los supuestos de liquidación y en el caso del Convenio, siempre que se haya aprobado en unos términos que impliquen para todos o parte de los acreedores una quita de más de la tercera parte del importe de sus créditos o una espera superior a 3 años (art. 445.1 TRLC).

Tras la fase de calificación, el Concurso debe llegar a su término, lo que puede ocurrir, de forma normal, por dictarse Auto de cumplimiento de Convenio o por realización de todos los bienes que integran la masa activa, o de forma anormal, por la revocación del Auto de declaración de concurso, por desistimiento o renuncia de los litigantes o por la insuficiencia de masa activa y la imposibilidad de alcanzar la finalidad del procedimiento. Evidentemente, el concurso también puede concluir exitosamente por la satisfacción de la totalidad de los créditos (art. 464 TRLC), aunque, desgraciadamente, esta es la más anormal de las causas de conclusión del concurso que suceden en la práctica judicial.

Con la Ley Concursal se hace patente la flexibilidad con la que el legislador ha dotado al procedimiento concursal, que puede desarrollarse en una única fase (en los casos en que se apruebe una propuesta anticipada de Convenio); en dos (cuando la fase común vaya seguida de la de Convenio o de la de Liquidación); o incluso, en tres (cuando, tras la fase común se haya abierto la fase de Convenio y esta devenga infructuosa, resultando necesaria la apertura de la fase de Liquidación para la realización del patrimonio del deudor).

1.1. Los principios informadores de la Ley Concursal

1.1.1 El principio de unidad de sistema

La regulación española del Concurso de acreedores encuentra su piedra maestra en la unidad de sistema, caracterizada por una triple dimensión: unidad legislativa, unidad de disciplina y unidad de procedimiento⁵.

La unidad legislativa supone la regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del Concurso, sin perjuicio de las normas que exigen el rango de Ley orgánica y de determinadas disposiciones de los empresarios financieros que tienen su normativa sectorial. El legislador pone fin a la amplísima fragmentación que caracterizaba la regulación anterior, la multiplicidad de textos normativos y la dualidad entre derecho sustantivo y procesal gracias a la regulación unitaria de todos los institutos concursales.

La unidad de disciplina supone la sujeción de todos los deudores a un único procedimiento, eliminando la existencia de múltiples institutos basados en la tradicional dicotomía entre deudor empresario (quiebra y suspensión de pagos) y deudor civil (concurso de acreedores y quita y espera). Tanto comerciantes como no comerciantes, personas jurídicas como personas físicas, tienen cabida en el mismo texto legal, aunque no puede ignorarse el estatuto particular que presentan los deudores empresarios y sus especialidades: llevanza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil, existencia de unidades productivas en la masa activa, etc.

La unidad de procedimiento suprime la diferencia entre procedimientos preconcursales de carácter preventivo, destinados a eludir la insolvencia, y procedimientos resolutivos de la misma, creando un único procedimiento y dotándolo de la flexibilidad necesaria que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, todas con la misma finalidad de alcanzar la satisfacción de los acreedores. En esta línea, el legislador prevé unas reglas especiales con el objeto de agilizar la resolución de concursos con una entidad menor. Esta flexibilidad que se predica de la

⁵ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «El sistema español de Derecho Concursal», en Jiménez Sánchez, G. J.; Díaz Moreno, A. (coord.), *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Ed. 16ª, Madrid, 2013, p. 690.

LC significa que la estructura del procedimiento, si bien es la misma para todos los deudores, puede desarrollarse de distinta forma según las circunstancias del concurso. Así, como ya se apuntara, el concurso puede limitarse a una única fase (fase común), o bien tener una segunda fase alternativa (fase de Convenio o liquidación), incluso desarrollarse en tres según su devenir (fase común, de Convenio y posteriormente de liquidación). Con independencia de las fases en las que se materialice el procedimiento, las tres se engloban en este único procedimiento que el legislador denomina «concurso», utilizando una expresión clásica de nuestra historia jurídica y que viene a significar la unificación de los diversos procedimientos de insolvencia en uno único.

Consecuencia lógica de la unidad de procedimiento y de este aglutinamiento de los concursos de comerciantes y no comerciantes es la existencia de un único presupuesto objetivo: la insolvencia del deudor común. Para la Ley es insolvente el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones. Sin embargo, la flexibilidad del concepto de «insolvencia» permite que la legitimación para solicitar el concurso de acreedores se reconozca a personas ajenas al deudor, como los acreedores, cuando consideren la concurrencia de las presunciones de insolvencia que prevé la Ley (v. gr., ejecución singular infructuosa, sobreseimiento general de los pagos, etc.). En este sentido, que la legitimación trascienda del deudor implica la distinción legal entre concurso voluntario y concurso necesario, que, si bien su tratamiento procesal es el mismo, conlleva un régimen distinto en cuanto a los límites de las facultades de administración y disposición sobre los bienes del deudor. Igualmente, el legislador acuña el nuevo concepto de «insolvencia inminente» que permite la declaración del concurso previa a la insolvencia ordinaria en aras a evitar el deterioro del estado patrimonial del deudor, algo que va en perjuicio de los acreedores.

Aunque la E. de M. de la Ley Concursal haga referencia explícita a los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, lo cierto es que también pueden señalarse otros, como el principio de universalidad y el principio de la *par conditio creditorum*.

1.1.2. El principio de universalidad

El principio de universalidad lo consagraban los arts. 76.1 y 49.1 LC, reconociéndose en la actualidad en el art. 251 TRLC. Su principal consecuencia es, por un lado, que todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso constituyen la masa activa, así como aquellos que se recuperen, reintegren o adquieran durante el mismo. Por otro lado, todos los acreedores del deudor quedan integrados en la masa pasiva del concurso, con independencia de su clase, nacionalidad o domicilio⁶.

El concurso afecta a la totalidad del patrimonio del deudor y de sus acreedores, algo lógico si tenemos en cuenta que nos encontramos en un procedimiento dirigido a la satisfacción de los créditos adeudados mediante la liquidación del activo⁷. La universalidad significa que el expediente afecta al derecho de todos los acreedores del deudor suspenso al existir un interés común en la base del mismo, y junto con el principio de unidad de procedimiento actúa como límite para evitar que los acreedores puedan instar procedimientos ordinarios fuera del expediente y perseguir los bienes del deudor en dispersos procedimientos declarativos y/o ejecutivos, colocándose en una situación más privilegiada a la que legalmente les corresponde⁸.

En otras palabras, la declaración de concurso afecta al ejercicio individual de las acciones que pudieran corresponder a los acreedores, obligándolos al tratamiento

⁶ El legislador podría haberse ahorrado la alusión que hace en el art. 49.1 LC a la nacionalidad y domicilio de los acreedores ordinarios, pues el mismo precepto dispone que «*todos los acreedores del deudor*» formarán parte de la masa activa, lo que entendemos que ya de por sí está evitando exclusiones por razón de clase, nacionalidad o domicilio. Esta previsión se mantiene en el actual art. 251.1 TRLC.

⁷ La universalidad implica que se convoquen a todos los acreedores del deudor con independencia de que comparezcan o no, así como su afectación no a un bien o unos bienes concretos, sino a la totalidad (universalidad) de los bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Revista de derecho*, n.º 82, 2010, VLex).

⁸ STS núm. 350/2007, de 30 de marzo (RJ 2007/3557). En palabras del Alto Tribunal, ambos principios desembocan en el principio de la *par conditio creditorum*.

colectivo de sus créditos en un mismo procedimiento⁹. Para cumplir con la finalidad del concurso entendida como la satisfacción -a través del cumplimiento de las obligaciones contraídas- del interés de los acreedores, es necesario despojar a los acreedores de la posibilidad de perseguir individualmente los bienes del deudor para alcanzar una solución consensuada, lo que no sería posible si cada acreedor intentara la satisfacción de su interés particular sobre el comunitario¹⁰.

Consecuencia de esta «universalidad» es la necesidad de que exista una pluralidad de acreedores, de lo contrario se estaría yendo contra la misma finalidad del procedimiento concursal, que es la de alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, así contra el tenor literal de numerosos preceptos que exigen la concurrencia de más de un acreedor¹¹. Por tanto, en los supuestos en los que exista un único acreedor no procedería acudir a un procedimiento de ejecución universal, siendo el cauce correcto instar un procedimiento de ejecución singular.

A mayor abundamiento, el carácter universal del concurso es lo que justifica la creación de unos Juzgados de lo mercantil a los que se encomienda el conocimiento de los procedimientos de insolvencia, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión¹². Declarado el concurso, el Juez concursal tiene

⁹ En este sentido, se ha dicho que la declaración de concurso implica el sometimiento de los acreedores al mismo, de modo que sus pretensiones individuales quedan condicionadas a la solución que se opte (Convenio o liquidación), siendo estas las únicas vías para satisfacer su crédito (SÁNCHEZ BELTRÁN, E. M., «Integración en la masa pasiva», en SÁNCHEZ BELTRÁN, E. M. (et al), *Comentarios de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Vol. 2, Madrid, 2006, p. 990).

¹⁰ Puede decirse que el concurso significa la «solidarización» de la defensa de los acreedores y, en consecuencia, ninguno puede mejorar su situación con posterioridad al concurso (ARTEAGA SAN MARTÍN, A.A., *Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores* [tesis doctoral], CERDÁ ALBERO, F. [dir.tes.], Universidad Pompeu Fabra, Departamento de Derecho, 2015).

¹¹ AAP Vizcaya, Sección 4ª, núm. 311/2006, de 5 de mayo (AC 2007/352).

¹² E. de M. IV de la Ley Concursal. Para garantizar esta concentración de las materias, el art. 50 LC disponía la abstención de los jueces del orden civil y social cuando se interponga una

competencia exclusiva y excluyente para el conocimiento de los asuntos con trascendencia patrimonial, con independencia de su naturaleza civil, social y, en cierta medida, administrativa, así como para la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor (arts. 8 y 17 LC, actuales arts. 18 y 54 TRLC). Como excepción, se excluyen de su conocimiento aquellas acciones de contenido patrimonial que se ejerciten en procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a los que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC.

Volviendo al principio de universalidad, debe rechazarse su carácter absoluto, pues la ley ya señalaba algunas excepciones al mismo. El art. 76.2 LC excluía de la masa activa los bienes que sean legalmente inembargables, exclusión que se mantiene en el art. 192.2 TRLC. En concreto, no forman parte de la masa activa los bienes y derechos que la ley considera inembargables (art. 605 y ss. LEC), los que son inherentes a la persona del deudor y que no pueden ser objeto de ejecución forzosa (art. 1.111 CC), así como los derechos subjetivamente patrimoniales, tales como el uso, la habitación, los usufructos legales o el derecho de alimentos. Cuando existan discrepancias con los bienes incluidos o excluidos por la Administración Concursal en el inventario, el Juez del concurso resolverá por la vía del incidente concursal. En cualquier caso, debe considerarse que el Juez puede controlar de oficio la inclusión en el inventario de bienes legalmente inembargables, por ser una norma de orden público.

La segunda excepción tiene que ver con el derecho de separación y de ejecución separada que se reconoce a los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves que se integren en la masa activa (art. 76.3 LC, actual art. 240.3 TRLC). En estos casos, los acreedores podrán instar las acciones que tengan reconocidas en su legislación especial sobre los bienes que gocen de este privilegio legal. La reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, introdujo un límite temporal a la ejecución separada, disponiendo que, si no se hubiere iniciado en el plazo de un año desde la declaración del concurso, ya no podrá efectuarse

demanda de la que deba conocer el juez del concurso, obligando a los acreedores a seguir el cauce procesal procedente cuando pretendan iniciar acciones individuales de contenido patrimonial frente otros órganos.

y la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo dispuesto en la Ley Concursal.

La última excepción se recogía en el art. 49.1 LC *in fine*, que abría la posibilidad de excepciones a la universalidad de la masa pasiva del concurso cuando así lo establecieran las leyes. Además de la excepción anterior del art. 76.3 LC, en la originaria Ley Concursal nos encontramos con que los acreedores con garantía real podían dirigirse contra el patrimonio del deudor al margen del procedimiento concursal en diversos casos. Así ocurre, con carácter general, en el caso de los acreedores que ostentan la titularidad de garantías reales sobre los bienes del concursado que no resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (art. 56.1 LC *a sensu contrario*); determinados acreedores ejecutantes en las ejecuciones laborales y administrativas, que podrán seguir el curso de las mismas cuando se hubieran embargado o dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso y cuando los bienes no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (art. 55.1 LC); los créditos contra la masa, al no estar integrados en la masa pasiva y no regirse por el principio de la *par conditio creditorum* (arts. 84.1 y 3 LC).

Por otro lado, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, añadió un apartado segundo al art. 49 LC en el que se establecía que, cuando el deudor esté casado en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, *se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal*. Esta adición va en consonancia con el art. 77.2 LC, que determina la inclusión de los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, sin perjuicio de la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad¹³, así como con el art. 82.1 LC, que dispone que en

¹³ El AAP Madrid, Sección 28ª, núm. 60/2012, de 20 de abril (JUR 2012\177237) señala que el art. 77.2 LC otorga al cónyuge del concursado casado en régimen de gananciales la oportunidad de proteger su patrimonio, facultándole para solicitar la disolución de la sociedad, toda vez que, de otro modo, los bienes consorciales entrarán íntegramente al concurso y sin perjuicio de las compensaciones que procedan a favor del cónyuge cuando a posteriori se liquide la sociedad, si con el patrimonio común se hubiese hecho pago de deudas privativas del concursado. Además, recuerda que la declaración de concurso no es causa de disolución de la sociedad conyugal y

la formación del inventario se incluirán no solo los bienes y derechos privativos del deudor concursado, sino también los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter. Esto es así porque cuando el deudor está casado en régimen de gananciales, responderá de las deudas por él contraídas, pero también por las asumidas por su cónyuge y que sean responsabilidad de la sociedad de gananciales. Correlativamente, para hacer frente a las deudas gananciales no solo se cuenta con el patrimonio privativo del deudor, sino también con el común¹⁴.

Evidentemente, el hecho de que en se integren en la masa activa bienes que no pertenecen al deudor en exclusiva, no es muy respetuoso con el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 CC, pues tales bienes podrán responder íntegramente de la deuda privativa del concursado, sin perjuicio de las compensaciones posteriores a favor del cónyuge. En definitiva, el cónyuge del concursado está respondiendo de deudas ajenas con parte de su patrimonio, al no poder incluirse en la masa activa la cuota correspondiente a cada cónyuge sobre los bienes comunes y tampoco poder ejercitar el derecho de separación previsto en el art. 80 LC, actual art. 239 TRLC.

para proceder a la liquidación de la misma es necesario, además de la solicitud del cónyuge del concursado, la existencia de obligaciones del concursado de las que deban responder los bienes comunes.

¹⁴ PAÑEDA USUNÁRIZ, F., «Medios de tutela del acreedor ‘común’: efectos sobre juicios declarativos y ejecuciones y la comunicación y reconocimiento de créditos», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (dir.), *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2012, Vol. 1, p. 792-793. El texto original de la Ley Concursal incurría en una contradicción al exigir que el informe de la Administración Concursal tuviera una relación de los créditos que podían hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo y cuáles sobre el patrimonio común (art. 94.2.II LC), mientras que el art. 84.1 LC excluía de la masa pasiva los créditos contra el cónyuge concursado, aunque fueran responsabilidad de la sociedad de gananciales.

1.1.3. El principio de la *par conditio creditorum*

Una de las novedades de la LC en relación a sus precedentes legislativos lo constituyó su detallada regulación referida a la clasificación de los créditos y la reducción drástica de los privilegios y preferencias de la que gozaban los acreedores en la normativa anterior. Por esta razón, el legislador consagra la igualdad de trato de los acreedores, también conocida bajo la locución latina “*par conditio creditorum*”, que representa un principio básico en el funcionamiento del concurso de acreedores, paridad de trato que, no obstante, permite en determinadas situaciones excepcionales que pueda sufrir una modulación o alteración, y que, en cualquier caso, debieran ser, como se ha dicho, excepcionales y hallarse debidamente justificadas¹⁵.

El principio de la *par conditio creditorum* emana de los principios de universalidad y unidad de procedimiento. El concurso es un juicio universal donde concurren en un único procedimiento todos los acreedores del deudor, limitándose el ejercicio de sus acciones individuales en aras a conseguir una solución ordenada que beneficie al conjunto de los créditos pendientes de abono. Por tanto, estos principios nos deben llevar a considerar que entre los acreedores existe una comunidad de pérdidas donde cada uno asume un sacrificio patrimonial ante la imposibilidad de ver satisfecha la totalidad de sus créditos. En consecuencia, resulta necesaria la existencia de una igualdad predicable para todos los acreedores, aunque no de forma absoluta, pues puede verse superada bajo determinadas circunstancias, a las que más tarde me referiré.

Esta igualdad de trato de los acreedores no debe fundamentarse en la noción o idea de “equidad” o de “justicia”, obedeciendo más bien a razones de oportunidad o política legislativa, toda vez que se trata de una decisión del legislador de alterar las reglas comunes extraconcursoales, sin que quepa reconocer la existencia de un derecho

¹⁵ E. de M. v de la Ley Concursal. Al respecto, en el apartado I, el legislador comienza reseñando los caracteres negativos de la regulación anterior, haciendo hincapié en el «predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones».

subjetivo de la *par conditio creditorum* o solidaridad alguna que nos lleve al mismo¹⁶. Simplemente, el legislador ha considerado como método más idóneo para lograr la cancelación de las obligaciones y satisfacción de los acreedores la proporcionalidad en el trato y pago de los créditos que conforman la masa pasiva del concurso frente a la insolvencia del deudor¹⁷. En un escenario de insuficiencia patrimonial, los acreedores obtendrán el pago de sus créditos, en la medida de lo posible, bajo la igualdad de trato, postergando el principio general del Derecho de prioridad temporal, *prior in tempore potior in iure*, que beneficiaría a aquellos acreedores diligentes que instaran la ejecución patrimonial del deudor con celeridad¹⁸ respecto de otros que no presentasen la misma diligencia.

Partiendo de la idea ya apuntada de la comunidad de pérdidas y de la premisa de que el patrimonio del deudor resulta insuficiente para satisfacer los créditos en su integridad, se procede a su división y reparto prorrateado, de forma que los acreedores soportan el mismo sacrificio¹⁹. Sin embargo, el legislador reconoce una serie de privilegios a determinados acreedores en función de las características de su crédito y/o el interés que se ve comprometido, que operan como excepciones a la igualdad de trato de los acreedores, que si bien han sido aceptados por la doctrina, no han estado exentos

¹⁶ PEINADO GRACIA, J. I., «La distribución del riesgo de insolvencia», en OLIVENCIA, M. (hom.), *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, Tomo I, p. 433.

¹⁷ ZUBIRI DE SALINAS, M., «Las operaciones de liquidación (I): el plan de liquidación», en *La liquidación concursal*, Estudios de Derecho concursal, Thomson-Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 196.

¹⁸ ARTEAGA SAN MARTÍN, A.A., *Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores* [tesis doctoral], CERDÁ ALBERTO, F. [dir. Tex.], Universidad Pompeu i Fabra, Departamento de Derecho, 2015, p. 18.URL: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/373911/taasm.pdf?sequence=1>

¹⁹ PEINADO GRACIA, J. I., ob. cit., p. 433.

de críticas²⁰. En este sentido, no faltan quienes consideran que resulta absurdo afirmar que, en la actualidad, nuestro sistema concursal se rige por el principio de la *par conditio creditorum*, si se tienen en cuenta las numerosas excepciones y los privilegios de unos créditos sobre otros, lo que permite concluir que el legislador ha instaurado una jerarquía de créditos que va en contra del espíritu mismo de la Ley Concursal²¹.

No puede predicarse la existencia de una comunidad de pérdidas entre todos los acreedores cuando, precisamente, dicha comunidad se establece entre clases de acreedores. Así, los acreedores privilegiados verán satisfecho su crédito, en la medida de lo posible, antes que los acreedores ordinarios y subordinados. Y solo cuando el activo, previa satisfacción de los acreedores privilegiados, sea suficiente para afrontar más créditos, podrá considerarse la existencia de una comunidad de pérdidas respecto la clase siguiente en el orden de prelación, y así sucesivamente²². En esta línea, una parte de la doctrina considera que no resultaría, en absoluto, descabellado, proceder a una reformulación de este principio y circunscribir su eficacia a las relaciones entre

²⁰ Puede resultar contradictorio que el legislador haya tomado la decisión de establecer como principio básico la *par conditio creditorum*, cuando, por otro lado, establece determinados privilegios que alteran este orden general y lo excepcional se convierte en lo normal. Algún autor ha considerado que este principio «queda en una mera ilusión ante la vorágine de excepciones, anomalías y clasificaciones expuestas, que hacen tedioso el estudio de los créditos en el concurso de acreedores». (GARCÍA ESCOBAR, G. A., «El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 5, 2014, p. 27). En una línea similar, se encuentran SÁNCHEZ CALERO, F., «La subordinación legal de créditos en caso de concurso de una sociedad», en OLIVENCIA, M. (hom.), *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, ob. cit., Tomo IV, p. 3895; y BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2012, Vol. II, p. 594.

²¹ GARCÍA ESCOBAR, G. A., ob. cit., p. 28.

²² En esta línea TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concurso de “interés concursal”», en *Anuario de Derecho concursal*, Thomson-Civitas, Tomo LXII, Fascículo III, p. 1071.

acreedores de una misma clase o privilegio, algo que iría en consonancia con la realidad de nuestra Ley Concursal²³.

En suma, cuando hablamos de la igualdad de trato de los acreedores como principio estructural de nuestro sistema, no podemos sino matizar esta «*igualdad*». Quizás la sombra del derecho patrimonial español anterior a la regulación vigente ha ayudado a distorsionar el concepto de «*igualdad de trato*». No olvidemos que al albor de la regulación anterior se favorecían determinados intereses particulares y maniobraban prácticas de mala fe, abusos y simulaciones, que atentaban contra la igualdad deseable en procedimientos de estas características, por lo que, en comparación, al legislador no le falta razón cuando afirma que ha reducido drásticamente los privilegios y preferencias. Sin embargo, esta reducción de la que el legislador se atribuye el protagonismo principal está lejos de incardinarse en el principio de igualdad de trato que tanto vanagloria, pues en realidad estamos ante una jerarquía de acreedores, idea que *per se* resulta incompatible con el concepto de «*igualdad*».

A pesar de las numerosas excepciones a este principio, que poco o nada tienen que ver con la excepcionalidad que predica el Preámbulo de la LC, no debe olvidarse que el mismo opera como fundamento de varios preceptos concursales. Por ejemplo, cuando otorga el privilegio de un derecho de ejecución separada a favor de los titulares de créditos con garantía real (arts. 56 y 57 LC)²⁴; o la prohibición de compensación de

²³ GARCÍA ESCOBAR, G. A., ob. cit., p. 28-29. Este autor termina su estudio manifestando que «*la igualdad de los acreedores es cuanto menos un mito en nuestro ordenamiento, ya que lo que se constata es todo lo contrario: la jerarquía y el privilegio en relación [a] la satisfacción de los créditos del concursado*».

²⁴ Al respecto, la SAP Barcelona, Sección 15ª, de 5 de octubre de 2006 (JUR 2007\145340), dice lo siguiente: «*la ejecución separada no altera la par conditio creditorum, a la que quedan sujetos todos los acreedores concursales una vez declarado el concurso (art. 49 LC). Pero si reconociéramos este derecho de ejecución al titular de un crédito con garantía real, que no goza de privilegio especial, le estaríamos reconociendo de facto este privilegio, alterando la par conditio creditorum*».

los créditos y deudas del concursado (art. 58 LC)²⁵; otro buen ejemplo lo constituye el ejercicio de las acciones de reintegración²⁶ o la prohibición de alteración de la clasificación de créditos establecida por ley (art. 100.3 LC), entre otros muchos.

Aun así, no puede negarse, por evidente, que en la normativa concursal moderna se han reducido notablemente los privilegios o preferencias de los acreedores en determinados momentos, pero ello no sirve como pretexto para considerar la existencia de un trato igualitario entre los acreedores, al menos, salvo que dicha «igualdad» se circunscriba y refiera a una clase de acreedor concreta²⁷.

²⁵ Cuando un acto, negocio o contrato provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro se produce un perjuicio para la masa activa por una infracción o alteración del principio de paridad de trato de los acreedores que puede ser objeto de una acción de reintegración (SAP Barcelona, Sección 15ª, núm. 234/2014, de 2 de julio (JUR 2014\238908).

²⁶ Puede existir vulneración de este principio cuando se realiza un pago a un acreedor con anterioridad al concurso de acreedores a sabiendas de la situación de insolvencia y en aras a que vea satisfecho su crédito, antes de la declaración de concurso, lo que supondría un trato favorable que no tendría dicho acreedor una vez declarado el concurso (STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 629/2012, de 26 de noviembre [RJ 2012\1041]).

²⁷ Podría concluirse en este sentido que la LC garantiza un trato desigual frente aquello que no es igual mediante la creación de una jerarquía de créditos.

1.2. La finalidad del concurso de acreedores

La E. de M. II de la LC considera «*la satisfacción de los acreedores*» como la finalidad esencial del concurso, cuya consecución pretende el legislador mediante la articulación de un único procedimiento flexible encaminado a satisfacer de manera paritaria los intereses particulares de los acreedores afectados por la insolvencia del deudor.

Si prestamos atención a algunos preceptos del texto legal, observamos como el legislador, aunque admite que la finalidad esencial del mismo es la satisfacción de los créditos titularidad de los acreedores, tolera la existencia de intereses accesorios o secundarios que deben tenerse en cuenta durante el desarrollo del concurso²⁸. El conjunto de estos intereses se plasma en una expresión utilizada frecuentemente por el legislador a lo largo del articulado de la Ley («interés del concurso»), concepto jurídico indeterminado que afecta a los bienes jurídicos tutelados, orientando la interpretación de las normas, la actuación de los órganos del concurso y la conveniencia de los instrumentos dirigidos a los fines concursales²⁹.

Pero lo antes afirmado debe ser matizado.

Que en determinadas situaciones a lo largo del concurso la Ley exija la tutela de derechos e intereses ajenos a los acreedores (v. gr., trabajadores, un acreedor en particular) no debe llevarnos a desvirtuar la finalidad principal del concurso, que no es

²⁸ Algunos de estos intereses son la protección del colectivo de trabajadores y de las consecuencias perjudiciales derivadas de la situación de insolvencia (reestructuración plantilla, despidos, etc.) o el mantenimiento de empresas viables en el tráfico. A diferencia del Derecho concursal español, en otros ordenamientos, como el francés, la finalidad no se limita a la satisfacción de los acreedores, sino también se pretende la continuidad empresarial, el mantenimiento del empleo (GARNACHO CABANILLAS, L., «La finalidad última del concurso», en *El Convenio de asunción*, Estudios de Derecho Concursal, Civitas, 2014).

²⁹ TIRADO MARTÍ, I., ob. cit., p. 1062.

otra que la satisfacción de la colectividad de acreedores³⁰. En ocasiones, es posible que una solución acorde al «interés del concurso» logre la tutela de varios intereses. Sin embargo, cuando exista colisión entre ellos, la solución correcta será aquella que consiga maximizar el fin último del concurso, esto es, la satisfacción ordenada de los créditos bajo un criterio de eficiencia y maximización del valor de los activos, aunque ello vaya en detrimento de los demás³¹.

Con todo, no debe olvidarse que el concurso afecta a una serie de agentes, pues además del deudor y de sus acreedores (trabajadores, organismos públicos, adquirentes, proveedores, etc.), también repercute en la sociedad y en la economía en general, por lo que es lógico que la ley pretenda también la tutela de estos intereses, pero subordinada al cumplimiento del interés principal. Esto último debe llevarnos a descartar que el concurso de acreedores esté enfocado al saneamiento del patrimonio del deudor, ni siquiera cuando se trate de un patrimonio empresarial, finalidades éstas que son propias del ámbito preconcursal³². Cuestión distinta es que pueda utilizarse la continuación de la actividad empresarial o la transmisión de la empresa a un tercero como instrumento para lograr la satisfacción de los acreedores.

Para la consecución de este objetivo normativo, la LC preveía y el TRLC mantiene dos soluciones cuya respectiva tramitación se articula en fases específicas en el procedimiento. La primera de ellas es el Convenio de acreedores, que es considerada la «*solución normal del concurso*»³³, que se presenta como el instrumento por medio del cual se intenta alcanzar un negocio jurídico, un pacto, entre deudor y acreedores,

³⁰ Siguiendo el AJM n.º 10 de Barcelona, de 10 de marzo de 2014, cuando nos referimos al interés de los acreedores debemos entenderlo en el sentido de aquello que es más beneficioso para la colectividad, no para unos pocos acreedores o de alguno en particular.

³¹ ARANGUREN URRIZA, F. J., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 430.

³² RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., ob. cit., p. 691.

³³ E. de M. VI de la Ley Concursal.

reconociendo gran autonomía a las partes para concretar sus términos. Su carácter instrumental le hace estar al servicio de la finalidad del concurso de acreedores, por lo que está dirigido a la satisfacción de los acreedores. La normativa concursal parte de la premisa de que el arreglo negociado implica un mayor cobro de los créditos de los acreedores, razón por la cual fomenta este acuerdo con determinadas medidas encaminadas a su consecución. No obstante, que tenga una función solutoria no excluye que pueda tener otras y pretender simultáneamente el saneamiento de la empresa. Evidentemente, cuando la salvación de la situación financiera de la empresa resulte incompatible con el interés de los acreedores (v. gr., porque no permita satisfacer tantos créditos como su liquidación), será aquella la que deberá predominar³⁴.

La satisfacción de los acreedores puede materializarse a través de la liquidación del patrimonio del deudor, como opción alternativa o subsidiaria en caso de que no se alcance un acuerdo entre acreedores y concursado. Una de las novedades del procedimiento concursal regulado en la LC es que a la solución extrema de la liquidación se puede llegar de varias maneras, ya sea mediante solicitud del deudor, de los acreedores, o de oficio por el órgano judicial, como consecuencia, por ejemplo, del incumplimiento de un Convenio. En cualquier caso, la flexibilidad del procedimiento permite abrir esta fase cuando sea la única manera de obtener la satisfacción de los acreedores, a diferencia de la regulación anterior donde frente a un incumplimiento de Convenio era necesario una declaración de quiebra para liquidar el patrimonio del deudor.

La liquidación, al igual que el Convenio, también puede ser un mecanismo para reestructurar la empresa. Ni el Convenio es sinónimo de saneamiento de la empresa ni la liquidación implica necesariamente su destrucción. La forma en que se realice compete a la Administración Concursal, encargada de elaborar el Plan de Liquidación, así como al Juez del Concurso, que deberá aprobarlo motivadamente por Auto, con incorporación o no de las observaciones o recomendaciones aportadas por los acreedores y el deudor. En esta línea, el legislador es consciente de que la transmisión

³⁴ SENENT MARTÍNEZ, S., «4.- Convenio, liquidación y conclusión del concurso», en *Guías concursales*, Consejo General de Economistas – REFOR Economistas Forenses, Madrid, 2017, p. 6.

de la empresa o de alguna de sus unidades productivas (enajenación unitaria o global) suele conllevar la obtención de un precio más elevado y, correlativamente, una satisfacción mayor del interés de los acreedores. Por ello, se prefiere la enajenación unitaria en la medida que sea posible frente a la enajenación separada del activo, por el incremento del valor que supone la transmisión de un conjunto de bienes y derechos capaces de funcionar de manera autónoma. Recordemos en este punto que la liquidación se rige por un principio básico, que es la denominada “*regla de conjunto*”, expresada en el vigente art. 422.1 TRLC. Pero, reiteramos, esta preferencia no tiene su fundamento tanto en una protección de la empresa o de los trabajadores como en la maximización del precio y sus efectos positivos sobre la colectividad de los acreedores, sin perjuicio de que siempre que sea posible deban tenerse en cuenta aquellos intereses.

Con todo, no puede negarse que la finalidad esencial del concurso no excluye otros propósitos que puedan ser conciliados mediante las instituciones concursales, como la conservación y continuidad de la empresa, la tutela de los derechos de los trabajadores o la enervación de los efectos negativos de la quiebra de una empresa³⁵. Juez y Administración Concursal serán los órganos encargados de velar por el cumplimiento de los fines de la Ley Concursal, teniendo presentes todos los intereses concurrentes.

³⁵ ARTEAGA SAN MARTÍN, A.A., ob. cit., pp. 24-25.

2. La naturaleza jurídica del Convenio Concursal en el Derecho español

2.1. Introducción

Tradicionalmente, el concurso de acreedores ha sido un instrumento jurídico creado para resolver las dificultades económicas de los comerciantes, ya sean empresas o personas físicas, a través de dos modos: mediante la consecución de un Convenio con los acreedores del deudor, o bien, a través de un procedimiento enfocado a la liquidación ordenada de su patrimonio y a la satisfacción, en la medida de lo posible, de la deuda.

Con independencia de la denominación que el legislador le haya otorgado a lo largo de la historia (concurso, quiebra, suspensión de pagos, quita y espera), lo cierto es que siempre ha existido cierta reticencia a que las personas físicas accedan a un procedimiento de esta naturaleza, más propio de sociedades mercantiles, habiéndose vetado el acceso a los deudores no comerciantes. Afortunadamente, esta tradición se rompe con la entrada en vigor de la LC de 2003, que extiende el ámbito objetivo de aplicación del concurso de acreedores a «*cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*» (art. 1.1 LC), lo que posibilita la declaración de concurso de aquellas personas que no desarrollen propiamente una actividad mercantil, como es el caso de los consumidores, las Asociaciones y Fundaciones o las Sociedades Cooperativas, así como de entes que carecen de personalidad jurídica propia, como es el caso de las herencias (art. 1.2 LC)³⁶. Esta previsión se mantiene en el actual TRLC, con idéntica formulación de su art. 1.1, si bien con cambios sistemáticos y de redacción respecto del concurso de la herencia, que aborda en los arts. 567 y ss.

³⁶ Aun así, las estadísticas muestran que las sociedades mercantiles siguen acaparando el grueso de las declaraciones de concursos, pese al notable incremento de declaraciones de personas físicas desde la crisis del año 2008, que se ha mantenido *in crescendo* hasta la actualidad. Así, en el año 2005 de un total 1.001 concursados, 99 fueron personas físicas; en el 2012, 1.291 de un total de 9.071 concursos; en el 2018, 1.837 de un total de 5.635 concursados; y en 2020, 3.121 fueron personas físicas, de las que no desarrollaban actividad empresarial 2.621, de un total de 6.718 concursados (Fuente: INE).

En la LC se advierte la ambivalente voluntad del legislador al prever el Convenio y la liquidación como las únicas soluciones a la insolvencia del deudor. Sin entrar a valorar el acierto del legislador, lo cierto es que se rechazó la tercera vía contemplada por el Anteproyecto de la Ley Concursal de 1983 que giraba en torno a la idea de la conservación de la empresa, así como la Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal de 1995, asentada sobre la idea del pago de los acreedores conservándose la empresa siempre que ello fuera viable³⁷. Curiosamente, en ordenamientos jurídicos vecinos sí que existen institutos concursales asentados sobre un principio conservativo de la empresa en crisis. Así, en Italia nos encontramos con la figura de la *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese*, en Francia los procedimientos de la *Prévention* y el *Redressement judiciaire*, en Portugal la *Gestao controlada* y en el Reino Unido el procedimiento de la *Reorganization*, regulado por el *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, instituciones todas ellas que permiten a las empresas con problemas financieros someterse a una reestructuración de su deuda.

Como ya se ha apuntado, la solución convenida parece ser la preferida por el legislador, que la fomenta a través de una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través de un acuerdo consensuado. Bajo la figura del Convenio subyace la idea de que un acuerdo negociado con los acreedores implica un mayor porcentaje de cobro de los créditos en comparación con lo que se obtendría de la realización del patrimonio del deudor. Desde luego, ese pensamiento, además de loable, resulta muy lógico, pero no siempre se traduce en la solución idónea para la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores, y eso es algo que ha tenido presente el legislador, hasta el punto de que la regulación concursal moderna ha abandonado la idea pura y tradicional de que el Convenio es un negocio absoluto que todo lo puede, al estar en juego intereses públicos que pueden verse afectados por la situación de concurso, lo que obliga a establecer limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes³⁸. De esta forma, puede lograrse una reorganización de la empresa y evitar los efectos nocivos

³⁷ Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y al Anteproyecto de la Ley Concursal, p. 4.

³⁸ SENENT MARTÍNEZ, S., ob. cit., p. 6.

que lleva aparejada su destrucción, pese a que la satisfacción de los acreedores siempre será la finalidad prioritaria de la normativa concursal. Por tanto, aunque no se haya materializado en la realidad legislativa concursal una tercera alternativa, lo cierto es que existe un principio conservativo que inspiran tanto la LC como el TRLC y marca la actuación de los órganos del concurso, si bien siempre subordinado por el interés de los acreedores.

En este sentido, el legislador busca que el deudor acuda al concurso con la antelación suficiente para que una tensión financiera o de tesorería no se convierta en una situación irresoluble. Así, no solo se extiende el presupuesto objetivo del concurso a la «*insolvencia inminente*», sino que, correlativamente, se establece la responsabilidad de los administradores sociales cuando incumplan su deber de solicitar la declaración de concurso, por las consecuencias nefastas que una solicitud tardía conlleva para la situación financiera de la empresa³⁹.

Igualmente, el legislador condiciona la aprobación de un Convenio de continuidad a la presentación de un Plan de viabilidad de la empresa que justifique su continuación, por lo que una solicitud de declaración de concurso tardía supone, en la mayoría de los casos, la imposibilidad de continuar con la actividad empresarial o profesional el concursado.

Como puede verse, la finalidad accesoria de conservar el tejido empresarial y evitar la destrucción de empleo siempre está presente cuando va en consonancia con la satisfacción de los acreedores, pero depende en gran medida de la diligencia del deudor y de su situación económica. Aun así, la idea que debe presidir la interpretación de las normas concursales es que el Convenio es un instrumento que permite una mayor

³⁹ El art. 367 TRLSC establece la responsabilidad solidaria de los administradores que no soliciten la declaración de concurso en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando no se hubiere constituido, o desde el día del acuerdo contrario a instar el concurso. Por su parte, el art. 363.1.e) TRLSC establece como causa de disolución la reducción del patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

solución al interés de los acreedores, por lo que toda decisión que se adopte en el seno del concurso debe tener en cuenta lo anterior.

Al hilo de lo anterior, se quiere poner fin a la práctica común de solicitar la declaración de concurso cuando la situación financiera de la empresa hace inviable su continuidad o, en su caso, no es posible sin un sacrificio desorbitado de los acreedores. Por esta razón, el legislador establece la obligación de solicitar el concurso *dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia* (art. 5.1 TRLC), un lapso temporal prudencial cuyo cumplimiento evita abocar a la empresa a su liquidación. El incumplimiento de esta obligación puede acarrear una agravación del estado de insolvencia de la empresa, lo que abriría la posibilidad de calificar el concurso como culpable y exigir las responsabilidades a aquellos que, debiendo hacerlo, no solicitaron el concurso a tiempo, lo que implicaría que de la deuda no solo respondería el activo de la concursada, sino también el patrimonio de la persona responsable (art. 442 TRLC).

La obligación anterior debe relacionarse con la figura del Convenio.

Así, el legislador pretende mantener el equilibrio entre la satisfacción del interés de los acreedores y el saneamiento de la concursada. El deudor que solicite el concurso a tiempo tiene mayor probabilidad de alcanzar un Convenio con sus acreedores, pues su situación no se verá tan deteriorada como la del deudor que solicita la declaración de concurso de forma extemporánea. En estos casos, el legislador protege el interés de los acreedores poniendo límites a la autonomía de la voluntad a fin de que el saneamiento de una empresa no implique un sacrificio desproporcionado o inasumible para aquellos (v. gr., quitas y/o esperas excesivas), salvo en determinadas empresas de especial trascendencia para la economía.

En consecuencia, son dos los requisitos que deberán darse para que la normativa concursal alcance simultáneamente su finalidad principal (satisfacción de los acreedores) y accesorio (saneamiento de la empresa y conservación del empleo):

a) la actitud diligente del concursado al solicitar la declaración de su concurso sin dilaciones innecesarias que agraven la situación de insolvencia; y

b) la renuncia por parte de los acreedores de una parte de su derecho en aras a posibilitar tanto el cobro del resto como la continuidad empresarial⁴⁰.

⁴⁰ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., «Capítulo I. De la fase de Convenio», en PRENDES CARRIL, P. (dir.), *Tratado Práctico Concursal*, Vol. 2, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 932.

2.2. Naturaleza jurídica

Respecto de la naturaleza jurídica del Convenio, la doctrina tradicionalmente ha distinguido entre Convenios *judiciales* y *extrajudiciales* y, dentro de estos últimos, los de carácter *preventivo* -propios de los procedimientos de quita y espera y de la suspensión de pagos- y los de carácter *resolutivo* -referidos al concurso de acreedores y a la quiebra-⁴¹.

Hoy en día, estas distinciones son irrelevantes en tanto la LC primero y el TRLC seguidamente han unificado su regulación en un único procedimiento.

El elemento que caracteriza la figura del Convenio concursal es la concurrencia en su formación de declaraciones de voluntad de carácter contractual (acuerdo entre deudor y acreedores) y de actos procesales derivados de la intervención del Juez. En la doctrina científica existen tres tipos de teorías que intentan explicar la naturaleza del Convenio y el fundamento de por qué los acreedores ausentes o disidentes pueden quedar vinculados por este acuerdo cuando no lo han consentido, ya sea por no haber intervenido en su formación o por haber mostrado su oposición⁴².

Estas teorías son las *procesalistas*-que ponen énfasis en el procedimiento en el cual se concierta el acuerdo entre deudor y acreedores-; las *contractualistas* -que consideran el Convenio como un contrato entre las partes-; y las *eclécticas* -que reúnen elementos de las dos anteriores-.

El grueso de la teoría proviene de la doctrina extranjera que, a diferencia de la nacional, sí ha debatido en profundidad sobre la naturaleza del Convenio. En nuestro país, en cambio, el debate ha sido más sosegado, pese a que la mayoría de autores coinciden en que el Convenio es una figura *sui generis*. Con todo, al igual que en la doctrina extranjera, pueden diferenciarse opiniones procesalistas y contractualistas.

⁴¹ RAMÍREZ, J. A., *Derecho concursal español. La quiebra*, Bosch, 1998, Vol. III, pp. 1919 y ss.

⁴² ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 940.

2.2.1. Teorías procesalistas

Los defensores de esta postura doctrinal parten de la idea de que para averiguar o indagar en la naturaleza del Convenio no debe ponerse tanta atención al acuerdo entre deudor y acreedores sino al procedimiento dentro del cual nace el mismo. Para los procesalistas toma suma relevancia la resolución judicial que homologa el acuerdo y el procedimiento en el cual se materializa.

Para la *teoría de la resolución judicial*, el acuerdo entre deudores y acreedores es una proposición que se presenta al Juez para su homologación, acto procesal a partir del cual nace la fuerza vinculante del Convenio que obliga a todos los acreedores. La validación judicial del Acuerdo es lo que proporciona al mismo su eficacia frente a todos los obligados y disidentes. Esta teoría, defendida por una parte de la doctrina francesa al amparo del Código de Comercio Napoleónico y algunos autores de la doctrina alemana del siglo XIX, considera que la aprobación judicial sustituye la voluntad de ausentes y disidentes⁴³.

Existen tres posturas que giran en torno a esta teoría.

La primera, entiende que la Sentencia que aprueba el Convenio suple la voluntad de los acreedores ausentes y disidentes, evitando con ello que una minoría de acreedores pueda perjudicar lo acordado por la mayoría (POTHIER)⁴⁴.

La segunda, considera que la propuesta de Convenio no tiene fuerza vinculante, pues ello supondría conceder a la mayoría la capacidad para vincular a los demás acreedores, sino que es el Juez quien, a la vista de la voluntad manifestada de la

⁴³ LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del Convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000, p. 105; DE SEMO, G., *Diritto Fallimentare*, según cita en SALA REIXACHS, A., *La terminación de la quiebra y el Convenio concursal*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 181.

⁴⁴ POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, I, París, 1835, según cita en LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 105. Autores como ROCCO, MORTARA y BOTTURI critican esta tesis al considerar que contradice los principios elementales del derecho y del concepto de voluntad cuando pretende imponer la declaración de una voluntad.

mayoría, genera o crea un derecho *ex novo* que vincula a los demás, en virtud del poder que le otorga la Constitución (SCHULTZE)⁴⁵.

Por último, la tercera postura comparte ciertas similitudes con la anterior, y además de rechazar el carácter contractual del Convenio, considera que es el Estado quien debe decidir si se finaliza el procedimiento concursal mediante un Convenio resolutivo o uno preventivo, actuando el interés particular de los acreedores como un complemento y límite para la concesión de la resolución que aprueba el Convenio (PROVINCIALI y CANDIAN)⁴⁶.

Para la *teoría del contrato procesal*, apoyada por gran parte de la doctrina alemana y francesa, el Convenio «*es un contrato de naturaleza procesal, fundamentado en la idea de existencia de un único procedimiento y un hipotético derecho de prenda de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor*»⁴⁷. Dentro de esta teoría, pueden diferenciarse, a su vez, dos ramificaciones. Una de ellas entiende que la naturaleza del Convenio es doble: convencional, pues deudor y acreedores acuerdan someter su propuesta al Juez; y judicial, al ser necesaria su homologación judicial y mediante la cual se sustituye el consentimiento de la minoría disidente. La segunda, desarrollada por KOHLER, considera que el Convenio tiene la finalidad de concluir con el procedimiento colectivo con la mayor celeridad posible para evitar el perjuicio para los acreedores. Por esta razón, acreedores y deudor pactan la manera de reducir el impacto negativo de la insolvencia de este último, no exigiéndose la unanimidad de

⁴⁵ MACHADO PLAZAS, J., *Convenio Concursal y Fianza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 26. Las críticas a esta doctrina se fundamentan principalmente en la ausencia de capacidad del juez para constituir, modificar o cesar derechos subjetivos (LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 17; HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 93).

⁴⁶ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 944; PROVINCIALI, R., *Tratado de Derecho de quiebras*, traducción de RAMÍREZ, J. A., Barcelona, 1955, según cita en LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 107; HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 93; TORRES DE CRUELLES, J., MAS Y CALVET, M., *La suspensión de Pagos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 485-486).

⁴⁷ LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 108. También SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la ley de Suspensión de Pagos*, Bosch, 1989, Tomo III, p. 69; HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 94.

aquellos. La naturaleza del procedimiento -un único procedimiento, un único derecho de prenda- justifica que también sea único el contrato que lo concluya⁴⁸.

La *teoría del negocio procesal* es una variación de la postura del negocio procesal y viene a considerar que la homologación judicial «no es una mera aprobación, sino que tiene carácter constitutivo y deriva, más que de la voluntad de la mayoría de los acreedores, del cumplimiento de los elementos sustanciales y formales que la Ley contempla para que el Juez haya de proceder a la homologación, uniendo el negocio de derecho privado y el acto procesal»⁴⁹.

Por último, la *teoría del proceso ejecutivo especial* considera que el Convenio es más que una transacción, una cesión de bienes, una novación o un *pacto de non petendo*⁵⁰. La extensión de la eficacia del Convenio a los acreedores ausentes y disidentes «tiene un fuerte carácter público en el que la resolución judicial de homologación es *res inter alias acta*»⁵¹.

En la doctrina española, varios han sido los autores que han seguido estas tesis procesalistas. En este sentido, destaca VICENTE Y GELLA, quien afirma que el Convenio es un contrato procesal entre deudor y acreedores, fundamentando la vinculación en una presunción legal de que el acuerdo beneficia a todos⁵². Por su parte, TORRES DE CRUELLS rechaza que el Convenio tenga una naturaleza contractual al nacer dentro de

⁴⁸ SAGRERA TIZÓN, J. M., ob. cit., p. 69; LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., pp. 109-110; SALA REIXACHS, A, ob. cit., pp. 182-183; HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 97. ROCCO y RAGUSA MAGGIORE critican que esta tesis no resuelve el problema de por qué quedan vinculados los acreedores ausentes y disidentes.

⁴⁹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 946.

⁵⁰ LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 111.

⁵¹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 947.

⁵² VICENTE Y GELLA, A., *Curso de Derecho mercantil comparado*, Zaragoza, 1951, citado en SALA REIXACHS, A, ob. cit., p. 189.

un procedimiento judicial⁵³. En esta línea, el insigne GUASP lo califica como un acuerdo procesal distinto de la transacción y rechaza que sea un negocio jurídico⁵⁴. Por su parte, GOXENS DUCH lo define como «*un contrato procesal mediante el cual los acreedores se obligan a devolver al quebrado la administración de sus bienes, condicionada o no a determinada intervención, concediéndole quita o espera, o ambas cosas a la vez, y el quebrado se obliga con sus acreedores a satisfacer sus créditos en el modo y forma convenidos*»⁵⁵.

⁵³ TORRES DE CRUELLS, J., MAS Y CALVET, M., ob. cit., pp. 447-448.

⁵⁴ GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1968, p. 308, citado en LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 148.

⁵⁵ GOXENS DUCH, A., *Suspensión de pagos y quiebras*, Madrid, Aguilar, 1950, p. 233, citado en HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 110.

2.2.2. Teorías contractualistas

Las teorías contractualistas, a diferencia de las procesalistas, sí que ponen énfasis en el acuerdo entre deudor y acreedores, considerando al Convenio como un contrato, fruto de la autonomía de la voluntad y de su libertad para establecer sus términos. Por este motivo, lo adoptado por la mayoría vincula a los acreedores ausentes y disidentes, aunque existen varias tesis que intentan explicar el fundamento de esta vinculación.

En tal sentido, la *teoría de la voluntad obligada* se basa en la presunción de que la mayoría actúa en interés de todos al establecer el acuerdo más conveniente para la mayor parte de los actores en el procedimiento concursal. La dificultad de que se pongan de acuerdo todos los acreedores hace que la voluntad de la mayoría deba imponerse ante la de la minoría, sustituyendo, asimismo, la de los acreedores ausentes (PARDESSUS)⁵⁶.

Por su parte, la *teoría de la voluntad presunta* fundamenta la vinculación de los acreedores disidentes al entender que estos últimos consienten que los acreedores asistentes a la asamblea deliberen en su nombre, existiendo un mandato tácito que les faculta para ello. Sin embargo, esta teoría sigue sin explicar la vinculación respecto de los acreedores disidentes, pues su oposición impide presumir la existencia de un mandato o representación tácita⁵⁷.

La *teoría de la representación legal de la minoría por la mayoría* entiende que existe una representación legal de la minoría por la mayoría, lo que faculta a los

⁵⁶ PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, III, Bruselas, 1843, n.º 1232, citado en MACHADO PLAZAS, J., ob. cit., p. 27; SALA REIXACHS, A, ob. cit., p. 185; HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 98. Por su parte, ROCCO ha criticado el que esta teoría no explique la razón por la cual la minoría queda vinculada a la voluntad mayoritaria.

⁵⁷ HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 99; SALA REIXACHS, A, ob. cit., p. 186; LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 113.

acreedores mayoritarios a aprobar un Convenio tanto en nombre propio como en nombre de la minoría disidente y ausente a la que legalmente representan⁵⁸.

Para la *teoría de la comunidad crediticia* de ROCCO, en primer lugar, el Convenio es esencialmente un contrato, lo que fundamenta en cuatro argumentos: que es un negocio jurídico bilateral, resultado del consentimiento entre deudor y acreedores; que reúne los elementos básicos de un contrato: propuesta y aceptación; que goza de la irrevocabilidad de la oferta y de la aceptación que acredita la existencia de un contrato; y que los acreedores están facultados para solicitar la resolución del Convenio en caso de incumplimiento, como cualquier parte contratante⁵⁹.

Es a partir de la naturaleza contractual del Convenio cuando ROCCO construye su teoría de la *comunidad crediticia*. Entiende que el concurso reúne a todos los acreedores del deudor en una comunidad o masa donde impera la *par conditio creditorum*, lo que obliga a estos a ejercitar sus derechos de manera colectiva y conjunta, sin perjuicio de la existencia de acreedores que gozan de privilegios especiales. Esta comunidad forzosa implica que la voluntad colectiva se convierte en la voluntad mayoritaria⁶⁰. Como ningún acreedor puede separarse de dicha comunidad, salvo, de nuevo, los acreedores privilegiados, «*la mayoría de los participantes se convierte en órgano de la voluntad colectiva que decide sobre la conservación y el goce de los derechos de crédito que son objeto de la comunión, siendo ello el fundamento de la obligatoriedad del Convenio respecto a los acreedores no adherentes*»⁶¹.

⁵⁸ HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 99. Defensores de esta teoría han sido FITTING, JÄGER, ENDEMAN y ASCOLI. A esta teoría se le ha criticado que no puede hablarse de representación legal cuando esta no viene impuesta legalmente, sobre todo respecto los acreedores disidentes que han manifestado una posición contraria a la de los acreedores representantes.

⁵⁹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 950.

⁶⁰ SALA REIXACHS, A, ob. cit., p. 186.

⁶¹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 950. Para ROCCO la eficacia del Convenio para los acreedores ausentes y disidentes no viene de la intervención judicial, como defienden los procesalistas, sino de la voluntad colectiva que nace de la aprobación de la mayoría. Esta tesis ha sido bien recibida por la doctrina, tanto nacional como extranjera.

Por último, la *teoría de la condición legal* considera que la homologación judicial opera como *conditio iuris* para extender su eficacia a la minoría de acreedores disidentes y ausentes. En esta línea, el Juez sería el encargado de velar por los intereses de estos acreedores, además de los que correspondan a terceros que, no participando en el concurso, puedan resultar afectados por él⁶².

Entre los autores españoles existe bastante unanimidad en que el Convenio tiene una naturaleza esencialmente contractual, pues el Juez se limita al control formal del acuerdo y a su aprobación sin que pueda modificar su contenido. Sin embargo, el hecho de que el mismo se supedita a la aprobación judicial hace que la tesis mayoritaria defienda su naturaleza doble o mixta; este elemento público procesal ha llevado a afirmar su carácter *sui generis*⁶³.

Exponentes nacionales de las tesis contractualistas lo son los importantes mercantilistas y concursalistas que seguidamente se señalan.

Para RAMÍREZ el Convenio «*es un contrato entre el quebrado y sus acreedores que, por ser celebrado en el juicio de quiebra con el propósito de ponerle fin, sustrayéndolo, por tanto, a su normal desenvolvimiento, precisa para su eficacia o vinculación de la sanción judicial*»⁶⁴.

Por su parte, GARRIGUES destaca la complejidad de esta figura, que reúne elementos contractuales y procesales, y señala sus notas *sui generis*: aceptación por la mayoría, imposición del Convenio a todos los acreedores concurrentes a la quiebra y necesidad de aprobación judicial para cobrar eficacia⁶⁵.

⁶² LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., pp. 111 y 118; SALA REIXACHS, A, ob. cit., p. 188. Autores defensores de esta teoría han sido, en la doctrina italiana, BUTERA, DE SEMO, FERRARA, BONELLI y NATTI. En nuestra doctrina, YANES YANES.

⁶³ SALA REIXACHS, A., ob. cit., p. 189; HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., pp. 111-122.

⁶⁴ RAMÍREZ, J.A., ob. cit., p. 1942.

⁶⁵ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976, Vol. II., pp. 493-494.

SAGRERA TIZÓN considera que el Convenio es un contrato en esencia, donde las partes disponen de gran libertad para establecer sus pactos dentro de los límites del art. 1.255 CC, pero sus efectos *erga omnes* se producen con la homologación judicial⁶⁶.

SÁNCHEZ CALERO señala que el Convenio es un contrato que está «*sometido a unas formalidades que se insertan en el procedimiento judicial y es preciso para su validez que obtenga la aprobación del juez*»⁶⁷.

Para URÍA Y MENÉNDEZ tiene elementos de ambas teorías, siendo el Convenio «*tanto un contrato entre el quebrado y sus acreedores, como un acto procesal de aprobación judicial*»⁶⁸.

LÓPEZ CURBELO afirma que «*el Convenio preventivo constituye un negocio jurídico complejo que alberga en su seno dos clases de elementos bien diferenciados: unos puramente contractuales que coinciden en esencia con la manifestación del consentimiento y el juego de la oferta y aceptación del suspenso y los acreedores y otros, de carácter público, que son los que permiten imprimir este negocio un modo peculiar en su aprobación, una forma determinada, unos efectos procesales y una vinculatoriedad que excede el ámbito puramente contractual*»⁶⁹.

Por último, en una línea similar, CORDÓN MORENO, señala que «*el Convenio es configurado como un negocio jurídico complejo, al estar integrado por factores contractuales y procesales, como corresponde al doble interés público y privado que se trata de satisfacer con el procedimiento de suspensión de pagos*»⁷⁰.

⁶⁶ SAGRERA TIZÓN, J. M., ob. cit., p. 9.

⁶⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Clares, Valladolid, 1976, p. 494.

⁶⁸ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. (dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, 2006, Vol. II, p. 989.

⁶⁹ LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 170.

⁷⁰ CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 1995, p. 144.

2.2.3. Teorías eclécticas

Algunos autores se han decantado por crear posturas intermedias con elementos de las teorías procesalistas y contractualistas a efectos de explicar la vinculación del Convenio para los acreedores ausentes y disidentes, sin despojar al mismo de su naturaleza contractual.

La *teoría del Convenio como contrato judicial* (BOLAFFIO) parte de la base de que el Convenio es un contrato entre deudor y acreedores no privilegiados que sustituye la ejecución y liquidación forzosa de su patrimonio por un acuerdo⁷¹. Según esta tesis, el Convenio cobrará eficacia cuando el Juez lo homologue judicialmente y sus efectos serán extensibles a los acreedores disidentes y no intervinientes, pues la aprobación judicial se hace en beneficio de la comunidad de acreedores, no pudiendo quedar ésta sometida a la voluntad de una minoría. No obstante, como requisito previo se exige que los acreedores manifiesten la voluntad mayoritaria mediante la consecución de las mayorías legalmente previstas⁷².

BOLAFFIO justifica la vinculación de estos acreedores de la siguiente forma: *«En primer lugar, porque bien directamente o aunque disientan, por medio de la mayoría legal que expresa la voluntad colectiva se han adherido a la propuesta del deudor (...); y, en segundo lugar, porque la homologación del concordato en virtud de un precepto legal, les vincula»*, a lo que añade que *«no es posible que un juicio fundado en el principio de igualdad de tratamiento para todos los acreedores no privilegiados, termine primero para unos acreedores y más tarde para los otros e imponga a algunos una condición distinta a la de los otros, aunque sólo se refiera al momento del impago de las deudas»*⁷³.

Para NAVARRINI la vinculación de los acreedores disidentes y ausentes al Convenio se fundamenta en la voluntad de la Ley, pues es la que determina *«los efectos*

⁷¹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 954.

⁷² LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 121.

⁷³ LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., p. 122.

*particulares de la quiebra, la estructura del procedimiento y las instituciones que promueven su actuación»*⁷⁴. El legislador ha establecido la necesidad de crear una comunidad de acreedores que adopten sus decisiones por mayoría y previa deliberación y votación, actuando la homologación judicial como filtro de esta voluntad mayoritaria. La naturaleza contractual del Convenio no se disipa con la obligatoriedad para todos los acreedores, pues el acuerdo se concierta entre deudor y comunidad, no con cada uno de los acreedores individualmente. La exigencia de unanimidad en la toma de decisiones constituiría un obstáculo que impediría el normal desarrollo de dicha comunidad⁷⁵.

En una línea similar se encuentra la *teoría de la obligación legal*, cuyos autores defienden una doble naturaleza de la fuerza vinculante del Convenio en función del tipo de acreedor. Así, la vinculación de los acreedores adheridos al Convenio tiene una naturaleza contractual, mientras que la de los ausentes o disidentes es legal, pues deriva de la Ley una vez el Juez ha verificado que el Convenio es beneficioso para todos los acreedores y lo homologa⁷⁶.

⁷⁴ NAVARRINI, *La quiebra*, 1943, p. 532, citado en HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 106.

⁷⁵ HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 107; LÓPEZ CURBELO, J., ob. cit., pp. 123-125.

⁷⁶ HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 104.

2.2.4. Postura del Tribunal Supremo

La naturaleza jurídica del Convenio ha sufrido una evolución en la jurisprudencia española, manteniendo nuestro Tribunal Supremo hasta tres concepciones distintas.

Las primeras resoluciones que fueron dictadas por el supremo órgano judicial español entendían el Convenio como un «verdadero contrato, que es obligatorio y produce todos sus efectos»⁷⁷, destacando la inalterabilidad que los caracteriza. En esta primera etapa jurisprudencial, el Alto Tribunal consideraba que «aprobado un Convenio, no puede ser alterado, ni siquiera por la Comisión nombrada por los acreedores, ya que las bases esenciales de los contratos no pueden cambiarse ni modificarse a voluntad de una de las partes en perjuicio de la otra»⁷⁸. La aprobación del Convenio constituye «la ley a cuya obediencia están igualmente obligados el quebrado y los acreedores, adquiriendo el Convenio por su aprobación el concepto de canon obligatorio e ineludible, verdadera ley pactada»⁷⁹. No obstante, pese a su naturaleza contractual no se olvida que «se acuerda en el marco de un procedimiento judicial con reglas específicas sobre la vinculación al mismo de los acreedores disidentes», sin quedar al arbitrio de ninguno de los intervinientes el cumplimiento de su clausulado⁸⁰.

La concepción del Convenio como un contrato puro derivó en su consideración como «una verdadera transacción judicial que debe cumplirse como los demás contratos mercantiles»⁸¹.

⁷⁷ STS de 25 de noviembre de 1913. En el mismo sentido, SSTS de 20 de noviembre de 1928 y de 13 de febrero de 1979.

⁷⁸ STS de 24 de febrero de 1872.

⁷⁹ HÖLDERL FRAU, H. A., ob. cit., p. 107.

⁸⁰ STS de 23 de noviembre de 1989 (RJ 1993, 9209).

⁸¹ STS de 30 de diciembre de 1932 (RJ 1932-33, 1394). Posición mantenida por las SSTS de 26 de junio de 1945, 30 de mayo de 1959, 15 de febrero de 1962 y 4 de julio de 1966.

Más recientemente, el Alto Tribunal rechaza el carácter contencioso de la suspensión de pagos, siendo un proceso más bien preliminar al estar dirigido a la consecución de un Convenio del deudor con sus acreedores bajo la tutela judicial y a fin de evitar situaciones de quiebra. En esta línea, ha dicho que *«se manifiesta, con toda claridad, la naturaleza transaccional del Convenio logrado en la quiebra. [...] Como tal contrato procesal, ha de aplicarse al mismo el art. 1816 del Código Civil que reconoce el valor de ‘autoridad de cosa juzgada’ que tiene para las partes la transacción judicial»*⁸².

Finalmente, el Alto Tribunal acoge la tesis defendida por GARRIGUES, que considera el Convenio como *«un negocio jurídico complejo en el que se integran facultades contractuales y procesales de interés privado y público respectivamente que obliga a la totalidad de los acreedores»*⁸³.

Posteriormente, la concurrencia de elementos privados y públicos llevaron al Tribunal Supremo a calificarlo explícitamente como negocio jurídico *sui generis*, manteniendo una postura ecléctica o intermedia. Para ello, el Alto Tribunal argumenta que el Convenio reúne, desde su nacimiento, elementos de un negocio jurídico privado, como lo es el concierto de voluntades en torno a una proposición que se acepta y que puede implicar una transacción (sacrificio recíproco). Sin embargo, el proceso en el que desarrolla y la necesaria intervención judicial que fiscaliza el cumplimiento de sus requisitos formales y materiales y lo hace eficaz a todos los acreedores (disidentes y ausentes incluidos) son elementos de un marcado carácter público que coexisten con los de naturaleza privada⁸⁴. Estas características hacen que el Convenio sea *«un negocio jurídico complejo como institución integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público), bastando para la aprobación la mayoría de los acreedores (quod facit major pars id omnes facere videntur), considerados como una colectividad (masa de acreedores concurrentes), semejante a la de los comuneros o*

⁸² STSS de 18 de noviembre de 1997 y de 20 de mayo de 1993.

⁸³ STS de 30 de noviembre de 1958.

⁸⁴ STS de 30 de mayo de 1959.

*a la de los socios de una compañía mercantil, pero a diferencia de los acuerdos sociales, el Convenio se impone por igual no sólo los acreedores concurrentes, sino a los ausentes o ajenos, porque si no fuera así, resultaría ilusoria la paridad de condición de los acreedores que es la esencia de la suspensión de pagos»⁸⁵. Con todo, y pese al reconocimiento de este marcado componente público, se mantiene la línea de afirmar su «*innegable carácter contractual*» y la libertad de las partes en la determinación de su contenido⁸⁶.*

Tanto la LC de 2003 como el vigente TRLC de 2020 refuerzan el componente procesal o público del Convenio, incrementando las facultades del Juez y reduciendo la autonomía de la voluntad de las partes, hasta el punto de que, incluso, puede ser aprobado un Convenio sin la intervención del deudor. Esta naturaleza jurídica peculiar se basa en la voluntad de la Ley, que es quien establece un contenido imperativo para el Convenio al tiempo que prohíbe determinados pactos, extremos intervencionistas éstos que, no obstante, no eliminan la autonomía de la voluntad de los acreedores, que sigue siendo clave en la materialización del Convenio. Igualmente, que el Convenio pueda alcanzarse sin una intervención directa del deudor no significa que no se recabe su consentimiento, pues la Ley le concede un plazo para solicitar la apertura de la fase de liquidación.

En conclusión, las modificaciones introducidas por el legislador con la LC y su ulterior TRLC no permiten afirmar que hayan tenido entidad o influencia suficiente para

⁸⁵ STS de 4 de julio de 1966 (RJ 1966, 3936). Este criterio se mantiene en las SSTS de 15 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4494), 20 de junio de 1989 (RJ 1989, 4710), 16 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8407) y 8 de enero de 1997 (RJ 1997, 112).

⁸⁶ STS de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1048). La Dirección General de los Registros y del Notariado se mantiene en la tesis del Alto Tribunal en sus Resoluciones de 27 de noviembre de 1974 (RJ 1974, 5056) y de 28 de enero de 1987 (RJ 1987, 369), al afirmar que «El Convenio entre deudor y acreedores admite un contenido amplio, expresivo de la autonomía privada, que preside este tipo de negocios jurídicos. El Convenio tiene una naturaleza específica, pues es considerado como un negocio jurídico complejo, al estar integrado por elementos contractuales y procesales, que representan el interés de los particulares y el interés público, pues ambos están presentes en todo el procedimiento de suspensión de pagos».

alterar o modificar la primigenia naturaleza jurídica del Convenio, pues sigue siendo un negocio jurídico *sui generis*, en el sentido señalado por GARRIGUES, y sin perjuicio de que se hayan reducido los elementos contractuales e incrementado el aspecto procesal⁸⁷.

⁸⁷ En esta línea, ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 969.

2.3. Evolución histórico-legislativa: principales modificaciones normativas

2.3.1. El Convenio en la Ley Concursal: ruptura sistemática y de fondo con la regulación tradicional del Código de Comercio

Como ya se expusiera anteriormente, puede decirse que con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se alcanzaron tres hitos. En primer lugar, se rediseñó el sistema concursal español, modernizándolo y acabando con la dispersión normativa y el arcaísmo que caracterizaba el Derecho de la quiebra tradicional, cumpliéndose con ello con uno de los objetivos más ambiciosos del legislador, que era el de recoger toda la institución concursal en un solo texto legal, la LC, y así facilitar la interpretación y labor de los operadores jurídicos en la aplicación de las normas concursales. Correlativamente, en segundo lugar, se crea un único procedimiento aplicable a todas las situaciones de insolvencia, con independencia de la condición subjetiva del deudor (consumidor o empresario, persona natural o jurídica), que el legislador denomina «*concurso de acreedores*». Y en tercer lugar, se crean los Juzgados de lo Mercantil como órganos judiciales especializados en la tramitación de concursos de acreedores, integrados por Magistrados con altos conocimientos en materia contable y mercantil, muchos de ellos especializados en asuntos de lo mercantil tras superar un proceso selectivo interno y un curso de formación organizado por el Consejo General del Poder Judicial.

Por lo que se refiere al primero de los acontecimientos relevantes señalados, ciertamente la LC rompe con la sistemática y regulación contenida en el Código de Comercio (en adelante, C.Co.). En esta materia, la regulación clásica del Convenio se integraba por unos escasos diez artículos, muy básicos, que contenían una previsión normativa que exigía una concreción y desarrollo jurisprudencial profunda en relación a la problemática que pudiera surgir en el devenir del Convenio de los quebrados con sus acreedores.

La regulación sobre el Convenio concursal recogida en el C.Co., se integraba dentro de su Libro IV, dedicado a la suspensión de pagos, a las quiebras y a las prescripciones, ocupándose su Título I de la suspensión de pagos y de la quiebra en general. En particular, en lo que al Convenio se refiere, es la Sección 4^a la que, comprendiendo los artículos 898 a 907, ambos inclusive, regula esta materia. Insistir en

que son escasos los pocos preceptos que el codificador dedicaba a una materia tan compleja, como se demuestra en la actualidad, los cuales no agotaban las diferentes situaciones que en la práctica solían producirse. No obstante tal parquedad legislativa, es lo cierto que se aventuraban en aquella legislación básica y arcaica los pilares básicos de la regulación, eso sí, más detallada, que se incorporaron posteriormente en la LC⁸⁸.

Respecto del momento procesal oportuno y de la legitimación para la presentación del Convenio ante el Juez de la quiebra, que, recordemos, no era un Juez especializado en asuntos mercantiles, sino que la competencia para su conocimiento se residenciaba en los Juzgados de Primera Instancia, el art. 898 C.Co.,⁸⁹ permitía alcanzar un Convenio entre quebrado y acreedores en cualquier momento del procedimiento, siempre que ya se hubieran reconocido los créditos a favor de los acreedores y que la quiebra hubiera sido calificada como fortuita o como culpable. Asimismo, establecía dicho precepto la prohibición de suscribir Convenios para los quebrados fraudulentos y para los fugados, es decir, aquellos que hubieran incumplido la medida cautelar del arresto domiciliario o de la obligación de presentarse o comparecer en el Juzgado cada 15 días y siempre que fueran llamados por el órgano judicial.

⁸⁸ Como apuntan BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, “*hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el panorama legal en materia de Derecho concursal resultaba a todas luces inadecuado y anacrónico. No solo se encontraba regulado en una normativa arcaica sino que –y ello era mucho peor– resultaba dispersa, confusa y carente de sistema interno. En concreto, y en función de los casos, había de estarse a la normativa del Código civil, del Código de comercio de 1829, del Código de comercio de 1885, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881) y de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922*”. BROSETA PONT, M., Y MARTÍNEZ SANZ, F., «Manual de Derecho Mercantil. Vigésimo séptima edición. Volumen II. Contratos mercantiles. Derecho de los Títulos-Valores. Derecho Concursal», en Editorial Tecnos, Madrid, 2020.

⁸⁹ Disponía dicho precepto lo siguiente: «*En cualquier estado de Juicio, terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra, el quebrado y sus acreedores podrán hacer los Convenios que estimen oportunos. No gozarán de este derecho los quebrados fraudulentos, ni los que se fugaren durante el Juicio de quiebra*».

La LC establece en este concreto extremo una diferente regulación.

Parte de una fase común, dirigida a la formación definitiva del inventario y de la lista de acreedores y luego, sin que se hubiera procedido a la calificación como fortuito o culpable del Concurso, conduce el concurso a la búsqueda de la solución “normal” del Convenio. Por tanto, encontramos ya una diferencia importante en cuanto a la tramitación del Convenio, referida al momento en que se puede presentar el mismo, pues la LC no anticipa la calificación del Concurso al Convenio y sí, en cambio, al revés, configurando el Convenio la denominada “Sección Quinta” y la calificación la última de las Secciones del Concurso, esto es, la “Sección Sexta”.

Por otro lado, la visión del quebrado como persona “sospechosamente fraudulenta” se deja notar en la regulación del C.Co., consecuencia directa de la nota de infamia y rechazo que tradicionalmente acompañaba al quebrado y que se traducía en la previsión normativa de adopción de medidas cautelares personales sobre el insolvente durante la tramitación del procedimiento, al considerarse socialmente al quebrado como una persona que había perdido su reputación o cuyo honor civil se había visto degradado a consecuencia de su falta de solvencia económica. Con esta visión del insolvente sospechoso rompe tajantemente la LC, que deroga la sistemática adopción de medidas cautelares personales sobre el deudor en concurso, sin perjuicio de la posibilidad de que se adopten medidas cautelares sobre el patrimonio del deudor con la finalidad de asegurar la integridad del mismo antes y después de la tramitación del procedimiento concursal, con expresa remisión en este punto a regulación de las medidas cautelares contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁰.

En cuanto a qué concretos Convenios podían ser objeto de pacto entre acreedores y quebrado y la forma en que debían materializarse, el C.Co., daba un amplio margen a los interesados, imponiendo únicamente dos límites; uno, de carácter formal, referido a que dichos Convenios debían ser “hechos” en Junta de acreedores debidamente constituida, lo que significa que su adopción debía ser consecuente a la aprobación por mayoría de los acreedores reunidos en Junta; y otro, de naturaleza prohibitiva, calificando como nulos de pleno derecho los pactos particulares entre el

⁹⁰ Libro III, Título VI, Artículos 721 a 747, ambos inclusive, de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil.

quebrado y cualquiera de sus acreedores, llevando como consecuencia para quienes los suscribieran la pérdida de los derechos en la quiebra para el acreedor y la calificación de quiebra culpable para el deudor.

Nuevamente, la regulación de la LC en este concreto extremo es manifiestamente diferente respecto del texto codificado, mucho más precisa, a la vez que compleja, diferenciando entre la tramitación escrita del Convenio y la tramitación ordinaria, con posibilidad de presentar una propuesta anticipada de Convenio, si bien presenta la nota común con la regulación del C.Co., en que los pactos particulares, en principio, resultan rechazables por alteración de la *par conditio creditorum*.

Un punto de conexión entre ambas legislaciones sobre Convenios en materia de insolvencia lo encontramos en el contenido de los artículos 900 C.Co., y 134.2 y 3 LC, referido a la extensión subjetiva del Convenio, que vinculará al deudor y a los acreedores privilegiados cuando acepten los términos del Convenio propuesto. La regulación contenida en la LC es mucho más detallada y precisa que la contenida en el C.Co., pero en la previsión normativa básica y en las consecuencias o efectos que para dichos acreedores privilegiados conlleva la aceptación del Convenio, puede afirmarse que el contenido de ambos preceptos resulta similar.

Lo mismo debe predicarse en relación al incumplimiento del Convenio y las consecuencias derivadas del mismo, que constituye el objeto de la presente tesis doctoral. Tanto el C.Co., como la LC, dedican a esta materia un único precepto. Muy simple en el caso del texto codificado, cuyo artículo 906 viene a señalar que el incumplimiento de lo estipulado en el Convenio por parte del deudor faculta a cualquiera de sus acreedores para pedir la rescisión del pacto y la continuación o reanudación de la quiebra ante el Juez o Tribunal que hubiere conocido de la misma. Por su parte, el artículo 140 LC, en sus cuatro apartados, sigue la senda del Código de Comercio y legitima a cualquier acreedor para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del Convenio, si bien regula de forma más precisa el procedimiento a través del cual debe encauzarse la acción de incumplimiento y las consecuencias que para los acreedores privilegiados conlleva la declaración de incumplimiento del Convenio.

Por tanto, la conclusión que puede alcanzarse del análisis comparativo de la normativa sobre el Convenio en la quiebra y en el Concurso de acreedores contenida, respectivamente, en el C.Co., y en la LC, es que, frente a una regulación muy simple de la propuesta de Convenio y de las consecuencias derivadas de su adopción e incumplimiento que se ofrecían el Código decimonónico, la Ley Concursal lleva a cabo una labor legislativa más precisa y detallada.

2.3.2. Las reformas legislativas más trascendentes en materia de Convenio concursal

Los ordenamientos jurídicos son, por lo general, el reflejo de la sociedad. Y la sociedad no cesa de cambiar días tras día, lo que fundamenta que el Derecho no sea un elemento pétreo, sino mutante, de tal forma que se adapta al contexto social y económicamente imperante en la época, tratando de ofrecer soluciones a las nuevas necesidades o problemas que puedan surgir. En consecuencia, es evidente que tras los más de 17 años de vida de nuestra Ley Concursal, el legislador ha considerado necesario su reforma en varias ocasiones en aras a ir puliéndola y depurando los fallos que la praxis judicial ha constatado.

La Ley Concursal de 2003 ha sido reformada en 29 ocasiones (entre modificaciones y derogaciones, dos publicadas el mismo día), lo que obligaba a la elaboración, más pronto que tarde, de un Texto Refundido, pues tantas modificaciones en tan poco tiempo y muchas de ellas de un calado extraordinario, habían deformado la originaria versión de la LC convirtiéndola en una especie de “frankenstein jurídico”⁹¹.

Tales reformas fueron introducidas por las siguientes normas:

- Ley 36/2003, de 11 de noviembre de 2003.
- Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre de 2004.
- Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre de 2004.
- Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo de 2005.
- Ley 6/2005, de 22 de abril de 2005.
- Ley 25/2005, de 24 de noviembre de 2005.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007.
- Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo de 2009.
- Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio de 2009.

⁹¹ Así la calificó Diego Fierro Rodríguez, Letrado de la Administración de Justicia, en el artículo editado en el periódico digital El Correo de España, en fecha 9 de Mayo de 2016.

Enlace: <https://elcorreodeespana.com/politica/78179577/La-Ley-Frankensteen.-Por-Diego-Fierro-Rodriguez.html>

- Ley 13/2009, de 3 de noviembre de 2009.
- Ley 4/2010, de 10 de marzo de 2010.
- Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011.
- Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011.
- Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto de 2012.
- Ley 9/2012, de 14 de noviembre de 2012.
- Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto de 2013.
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013.
- Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013.
- Ley 1/2014, de 28 de febrero de 2014.
- Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo de 2014.
- Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre de 2014.
- Ley 17/2014, de 30 de septiembre de 2014.
- Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero de 2015.
- Ley 5/2015, de 27 de abril de 2015.
- Ley 9/2015, de 25 de mayo de 2015.
- Ley 11/2015, de 18 de junio de 2015.
- Ley 20/2015, de 14 de julio de 2015.
- Ley 25/2015, de 28 de julio de 2015; y
- Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015.

La gran cantidad de reformas en la relativa corta vida de nuestra Ley Concursal se puede explicar desde un punto de vista socioeconómico. En efecto, cuando se publicó la Ley Concursal nuestro país estaba viviendo un momento de bonanza y prosperidad económica. El legislador consideró idóneo este momento para crear un instrumento que permitiera que aquellas personas que estuvieran en situación de crisis económica pudieran superarla, garantizando la continuidad de las empresas rentables y garantizando el mantenimiento del empleo. Esto explica que nuestra Ley Concursal ponga énfasis en la solución convenida, así como en la enajenación unitaria de la empresa.

Pero pronto, muy pronto, la experiencia nos mostró que el grueso de deudores que acudían a este procedimiento solicitaba la liquidación desde el principio, o bien, al poco tiempo de su declaración de concurso. Esto venía causado por la tardanza de los

deudores en solicitar dicha declaración, de forma que se enervaban los efectos del concurso. Y la causa principal por la que los deudores se tomaban esta obligación de forma tan laxa era por el estigma social que suponía acudir al concurso de acreedores. Para evitarlo, los deudores apuraban la solicitud de concurso y, cuando lo hacían, normalmente habían agotado sus recursos y la solución a su crisis económica devenía imposible.

La crisis económica del año 2008 impulsó la modificación de la Ley Concursal; por esta razón, la mayor parte de las reformas se producen a partir de este año, frenándose una vez que los efectos de la crisis habían desaparecido prácticamente. Con la finalidad de paliar los efectos negativos de la recesión económica y garantizar la continuidad empresarial y la conservación de los puestos de trabajo, el legislador se vio obligado a introducir unos instrumentos preconcursales, con el propósito de evitar que el deudor acabase solicitando el concurso de acreedores. Ejemplo de lo anterior es el famoso artículo y procedimiento del «5 bis» de la Ley Concursal, el acuerdo extrajudicial de pagos y los acuerdos de refinanciación. Estos institutos preconcursales no estaban previstos inicialmente en el texto originario. Otras reformas, en cambio, han modificado el régimen de los distintos protagonistas del procedimiento concursal, en concreto, la figura de la Administración Concursal y sus funciones, con el objeto de abaratar costes y agilizar su cometido. De igual manera, el legislador ha introducido algunas modificaciones para incentivar algunos mecanismos de la ley que se consideran beneficiosos para la continuidad empresarial (v. gr., venta de la unidad productiva) o mejorado los sistemas preexistentes.

En concreto, nos centraremos en analizar someramente las reformas principales de la Ley Concursal y, sobre todo, aquellas que han afectado al Capítulo I del Título v. A continuación, nos detendremos en los cambios y las novedades introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal (que modifica la estructura de la Administración Concursal y añade el art. 176 bis relativo a la conclusión del concurso por la insuficiencia de masa activa); la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (que introduce el acuerdo extrajudicial de pagos); la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (que incentiva la venta de la unidad productiva y añade la responsabilidad del adquirente respecto los créditos de seguridad social); y la Ley

25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (que añade el art. 178 bis relativo a la exoneración del pasivo insatisfecho).

Como conclusión anticipada, vistas las numerosas reformas efectuadas por el legislador y el corto lapso temporal existente entre muchas de ellas, debemos hacer nuestra la opinión de ARIAS LÓPEZ cuando afirma que el legislador *«está intentado paliar de forma muy rápida y a veces sin la atención suficiente, los problemas que se han detectado en la práctica»*, sin que se haya reflexionado y debatido con calma sobre la misma, lo que impide resolver los problemas prácticos de la norma de forma adecuada⁹². Todas las anteriores reformas, paradójicamente, han disipado el orden que tanto caracterizaba al texto originario, hasta el punto de que en cierto modo se ha vuelto al escenario anterior a la reforma donde existía una maraña de normas que era necesario refundir en un solo texto. Precisamente, este orden se reestablece con el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, que cuenta con 752 artículos y unifica en un solo texto todas las normas concursales.

⁹² ARIAS LÓPEZ, R., «La necesaria reforma de las sucesivas reformas de la Ley Concursal», en www.abogacia.es (Consejo General de la Abogacía Española), 22/04/2016.

2.3.2.1. La normalización del concurso, la viabilidad y la dinamización del tejido empresarial

La reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, viene motivada por la inoperancia de la Ley Concursal para cumplir con uno de sus propósitos básicos, que era la conservación de la actividad profesional o empresarial del deudor. La crisis económica puso de manifiesto que el procedimiento concursal en la práctica tenía muchos aspectos a mejorar, pues la mayor parte de los concursos que se registraron acabaron en liquidación, con el consiguiente cese de la actividad y el despido de la totalidad de los trabajadores. En resumidas cuentas, no tenía sentido que en un sistema donde se fomenta la solución convenida se estuvieran produciendo tantas liquidaciones y, correlativamente, el interés de los acreedores no se viera satisfecho.

También se constató una práctica nefasta para el destino del concurso y que el legislador recoge en el preámbulo de la citada reforma, que no es otra que la solicitud tardía de la declaración de concurso, consecuencia, en parte, *«del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural»* (E. de M. I).

Con esta reforma el legislador se centra en introducir *«una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la ley»*, sin que ello suponga una renuncia a la esencia que motivó la publicación del texto originario, pues se *«parte del reconocimiento de sus principios esenciales»* (E. de M. II). Para entender esta reforma, nos podemos servir del símil del diamante. La Ley Concursal en su texto originario era como un diamante en bruto: una regulación ambiciosa y revolucionaria que pretendía instaurar un régimen totalmente nuevo. Sin embargo, durante los primeros años de su vigencia y con la crisis económica sobrevenida se constataron cuáles eran sus aspectos a mejorar y las modificaciones necesarias. La experiencia había demostrado que la Ley Concursal todavía estaba lejos de cumplir con sus propósitos, siendo necesario pulir sus normas y superar los defectos y lagunas existentes, al igual que normalizar el concurso en la sociedad y liberarlo de las emociones negativas tradicionalmente ancladas a él.

En primer lugar, la reforma introduce institutos preconcursales como alternativa al procedimiento concursal, como solución más ágil y económica a las crisis

empresariales: los acuerdos de refinanciación. Así, se introduce el art. 5 bis LC, que faculta al deudor para poner en conocimiento del juzgado competente que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de Convenio. Esta comunicación debe formularse antes del término del plazo para solicitar la declaración del concurso (art. 5 LC) y desde su presentación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta moratoria dura tres meses tras la comunicación, transcurridos los cuales deberá solicitarse la declaración del concurso dentro del mes hábil siguiente, con independencia de que se haya alcanzado un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de Convenio. Correlativamente, el legislador introduce un estímulo para que las entidades financieras introduzcan dinero nuevo a la empresa en concurso, contribuyendo así a su viabilidad y a la continuación de su actividad: la consideración como crédito contra la masa de la mitad de los ingresos nuevos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación (art. 84.2. 11º LC).

En segundo lugar, el legislador pretendía agilizar la solución antes del advenimiento de la insolvencia. El retraso en alcanzar un acuerdo entre deudor y acreedores suponía la disminución del valor de los bienes así como de las posibilidades de garantizar la viabilidad de la empresa y, correlativamente, un aumento de los costes que repercutían negativamente tanto en el concursado como en los acreedores. Esto no solo viene causado por el incumplimiento frecuente de la obligación de solicitar el concurso por parte del deudor, sino por el procedimiento en sí, que, por lo general se dilata excesivamente en el tiempo. Para evitar esto, se introduce la modalidad del concurso abreviado, con la cual se pretende simplificar y agilizar el procedimiento concursal.

El concurso abreviado reduce el coste y el tiempo del procedimiento concursal. Se permite que el Juez competente pueda aplicar el procedimiento abreviado cuando considere que el concurso no reviste especial complejidad en atención a determinadas circunstancias: situación de la empresa en crisis, número de trabajadores, negociaciones que pudiera haber iniciado para su venta o la modificación de la estructura de la

sociedad deudora. También se faculta al deudor para solicitar la liquidación en cualquier momento, eliminándose la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada.

Esta reforma también mejora la protección de los trabajadores, estableciendo que en todo enjuiciamiento de las cuestiones laborales sometidas al proceso concursal deben tenerse en cuenta «*de manera prioritaria los principios inspiradores de la rama social del Derecho*» (E. de M. VI).

Una modificación importante se produjo en relación con el órgano de la Administración Concursal con el objetivo de buscar una mayor profesionalización al tiempo que se realizaban sus funciones y su responsabilidad.

En este concreto ámbito, dos son las novedades a destacar:

- La primera de ellas, que el órgano de la Administración Concursal pasa a ser, con carácter general, unipersonal, con el consiguiente ahorro en los costes. Con anterioridad a esta reforma la Administración Concursal se componía, por lo general, de tres miembros. Dos designados por el Juez, Abogado y Economista, y un tercero, propuesto por los acreedores. Este nuevo modelo introducido con la reforma era el estándar en los países vecinos y supuso en la práctica la evitación de conflictos derivados de la desigual participación de los diferentes miembros de la Administración Concursal.
- La segunda novedad era el reconocimiento de la persona jurídica como Administrador Concursal, de forma que los Jueces podían nombrar como Administradores Concursales a sociedades especializadas que contasen con una pluralidad de profesionales con la necesaria formación y experiencia a su servicio, lo que, en la práctica, supuso un notable incremento de las Sociedades profesionales.

También incidió la reforma en la armonización de los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores sociales que pueden convivir durante su tramitación: la responsabilidad por daños a la sociedad, que debe ser exigida necesariamente por la Administración Concursal, y la responsabilidad concursal por déficit en la liquidación. También se introduce un nuevo Capítulo, el Capítulo III del Título I, dedicado

exclusivamente a los concursos conexos, estableciéndose que los concursos declarados conjuntamente y/o acumulados se tramitarán de forma coordinada sin la consolidación de las masas activas y pasivas. Finalmente, se incorpora el nuevo artículo 176 bis LC dedicado a las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa y se fija un orden de pago de los créditos contra la masa: créditos salariales de los últimos 30 días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del SMI; créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago; créditos por alimentos del art. 145.2 LC, en cuantía que no supere el SMI; créditos por costas y gastos judiciales del concurso y los demás créditos contra la masa.

2.3.2.2. Medidas para superar la crisis económica de 2007-2012

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, debe situarse en un contexto de grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales, como reza el primer párrafo de su preámbulo, que justifica «*la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y la reactivación económica*» (E. de M. I).

Si bien esta reforma introduce varias novedades, no solo afectantes al Derecho concursal, a efectos del presente trabajo de investigación procede centrarse en la introducción de un nuevo mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, cuya regulación se plasma en un nuevo Título X de la Ley Concursal bajo la rúbrica «*El acuerdo extrajudicial de pagos*».

Con esta reforma el legislador continúa en su intento de cambiar la connotación negativa que tradicionalmente reviste la insolvencia en España y virar hacia un modelo de cultura empresarial: «*el fracaso no causa un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender a progresar*» (E. de M. II). Esta noción de insolvencia se recogía ya en la anterior gran reforma efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de Octubre, lo que definitivamente se inculcará con la Ley de 25/2015, de 28 de Julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

El acuerdo extrajudicial de pagos está dirigido a los deudores personas naturales que se encuentren en situación de insolvencia de conformidad con el concepto del art. 2 LC, o que prevean que no podrán cumplir regularmente con sus obligaciones, y cuya estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. También las personas jurídicas pueden beneficiarse de este procedimiento, aunque deben cumplir determinados requisitos (art. 231 LC).

Este procedimiento de carácter extrajudicial es muy flexible y se sustancia de forma breve ante el registrador mercantil o el notario, que se encargarán de designar un profesional idóneo e independiente para que alcance la avenencia entre el deudor y sus acreedores. Con ello se introduce la figura de un nuevo profesional: el *mediador concursal*. Este deberá intentar impulsar un acuerdo tras una convocatoria con los

acreedores, donde se discutirá la propuesta y el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de deudas. La ley incentiva este acuerdo pudiéndose pactar quitas de hasta el 25 % y esperas de hasta tres años.

Cuando no sea posible alcanzar un acuerdo entre deudor y acreedores, o bien exista incumplimiento del mismo, el mediador concursal instará la declaración de concurso consecutivo del deudor, que se regirá por las normas relativas al procedimiento abreviado (art. 242 LC). En tal caso, el Juez designará como Administrador Concursal al mediador que hubiera intervenido previamente en el acuerdo extrajudicial de pagos fallido.

2.3.2.3. Modificaciones para la continuación de la actividad empresarial

La Ley 9/2015, de 25 de mayo, introduce algunas modificaciones importantes en la Ley Concursal bajo la premisa de que la continuidad de las empresas económicamente viables resulta beneficiosa para la propia empresa, los trabajadores y la economía. Esto justifica que se adopten una serie de medidas para facilitar la transmisión de la unidad productiva en el proceso concursal, como alternativa a la liquidación separada o aislada del activo.

En materia de liquidación las modificaciones van encaminadas a «*garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas*» (E. de M. IV). El legislador pretende cumplir este objetivo con la introducción de la subrogación *ipso iure* del adquirente de la unidad productiva en los contratos y licencias administrativas titularidad del cedente, así como delimitando la responsabilidad del adquirente por las deudas previas, salvo algunas cuya especial consideración son transmitidas *ex lege*.

El adquirente de la unidad productiva es responsable solidario de las deudas previas laborales y de seguridad social (at. 149.4 LC), siempre que se transmita la unidad productiva en un proceso concursal y con independencia de que se materialice en fase de liquidación o de forma anticipada durante la fase común.

El legislador ha incurrido en una clara contradicción al pretender con esta reforma una tutela excesiva de los créditos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, pues con anterioridad a ella las únicas deudas que se transmitían junto con la unidad productiva eran las de carácter laboral⁹³. Una adición que conculca el espíritu mismo de la reforma, que no es otro que incentivar la venta de la unidad productiva como modo de mantener la continuidad empresarial y los puestos de trabajo.

⁹³ Con anterioridad al RD 11/2014, de 5 de septiembre, y, posteriormente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, el antiguo art. 149.2 LC se limitaba a recoger la sucesión de empresa a efectos laborales de conformidad con el art. 44.3 ET, en virtud del cual tanto cedente como cesionario responden solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubiera sido satisfechas.

Si el pasivo laboral derivado de los créditos de los trabajadores en muchos concursos ha motivado la retirada de ofertas a consecuencia de su elevada cuantía, añadir un obstáculo adicional como lo son los créditos de seguridad social frustra aún más la materialización de una venta en el proceso concursal. La no exoneración de los créditos laborales encuentra su justificación en la protección que merecen los trabajadores, que son aquellos que sufren con más intensidad los efectos de la crisis empresarial. Sin embargo, no merece la misma protección la TGSS, no, al menos, cuando su tutela implicará en la práctica una frustración de la venta de la unidad productiva y que los trabajadores sufran las consecuencias negativas.

El Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, tenía el mismo objeto que la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en cuanto que ambos procuraban la protección del crédito público en aras a cuidar el interés de la TGSS. No obstante, dada la ambigüedad de la redacción de dicho Real Decreto-Ley, el legislador no estableció de forma clara si el nuevo art. 149.4 LC, que preveía la transmisión de las deudas laborales y de seguridad social, tenía carácter imperativo o, simplemente, actuaba de forma supletoria cuando el plan de liquidación no previera lo contrario. Así se entendía de la rúbrica que antecedía al precepto, titulada «*Reglas legales supletorias*», lo que era argumento suficiente para que la Administración Concursal o, en su caso, el Juez, establecerían una previsión contraria a la transmisión de la deuda de seguridad social y, en cierto modo, salvaguardar el interés del concurso.

Esta interpretación ya se venía aplicando con anterioridad al Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, lo que, seguramente, motivó su reforma. Así, la tendencia de los Juzgados de lo Mercantil respecto los créditos de seguridad social era que, cuando se transmitiese una unidad productiva, no resultaba de aplicación la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sino que la normativa específica de la Ley Concursal la desplazaba⁹⁴. Por tanto, el criterio imperante era considerar la existencia de sucesión de empresa pero limitada a efectos laborales, quedando las deudas de la TGSS exoneradas. Este razonamiento no resulta descabellado, en absoluto, máxime si tenemos en cuenta que el art. 42.1.c) de la Ley

⁹⁴ AAP Barcelona, Sección 15º, núm. 391/2007, de 29 de noviembre y 208/2009, de 16 de diciembre.

General Tributaria señala de forma explícita la no transmisión de las deudas de carácter tributario cuando la venta de la unidad productiva tenga lugar en un procedimiento concursal.

Como quiera que el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, no puso fin a esta interpretación contraria exclusivamente a los intereses de la TGSS, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, viene a establecer expresamente la imperatividad de determinadas reglas del art. 149 LC, cuya rúbrica que les antecede pasa a denominarse «Reglas legales de liquidación», eliminando su carácter “supletorio” con la finalidad de que no pudieran dar pie a una interpretación o aplicación supletoria y no principal. Así, en su E. de M. IV, el legislador es bastante tajante al respecto afirmando lo siguiente: *«El artículo 149 también resulta modificado. A la luz de las dudas surgidas, se aclara qué reglas del mismo tienen carácter supletorio y cuáles de ellas deberán aplicarse en toda liquidación, haya o no plan de liquidación. En particular, se propone aplicar a todas las liquidaciones las nuevas reglas de purga o subsistencia de las posibles garantías reales a las que pudiesen estar sujetos todos o algunos de los bienes incluidos en una unidad productiva y las reglas sobre sucesión de empresa a efectos laborales y de seguridad social»*.

Esta nueva redacción del art. 149 LC impide a los órganos jurisdiccionales concursales exonerar de los créditos de seguridad social a los adquirentes de unidades productivas, aun cuando ello suponga una retirada de la oferta y la frustración de la transmisión.

Como era de esperar, la doctrina y los Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil han criticado ferozmente esta reforma, atendidos los efectos devastadores que supone para la materialización de la venta de la unidad productiva, pues se está frustrando la finalidad conservativa a la que tanto alude el legislador en su E. de M., consiguiendo, precisamente, el efecto contrario⁹⁵.

⁹⁵ En este sentido, MACHADO PLAZAS dice que esta reforma «es pan para hoy y hambre para mañana» (MACHADO PLAZAS, J., «La venta de la unidad productiva en el concurso: algunas reflexiones a propósito del art. 146 Bis de la Ley Concursal», en SALA REIXACHS, A. (coord.): *Aspectos prácticos de la liquidación concursal*, Aferre, Barcelona, 2018, p. 76).

De las muchas críticas vertidas por la denominada «*jurisprudencia menor especializada*» que representan los Juzgados de lo Mercantil y las Salas especializadas de las Audiencias Provinciales en materia mercantil, especialmente de Madrid (Sección 28ª) y Barcelona (Sección 15ª), destaco especialmente la contenida en el Auto de fecha 13 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, que concluye lo siguiente: «*en definitiva, se aprueba la oferta, si bien sin el alcance solicitado por el oferente respecto del pasivo laboral y de seguridad social. Si ello provoca su retirada por el oferente, deberá iniciarse un nuevo período para nuevas ofertas, adaptadas a las previsiones de esta resolución, con las repercusiones perniciosas para los acreedores que ello puede acarrear. Y si ello no fuera posible y se frustra definitivamente, abocará el proceso de realización de los activos a su venta de manera individualizada, con las consecuencias inherentes, al suponer la desaparición de una unidad productiva en funcionamiento. Consecuencias que no se escapan que pueden ser muy negativas, principalmente y de forma directa, en orden a la destrucción de puesto de trabajo, pero que son producto de la opción del legislador del RDL 11/2014 de primar en el proceso de venta unitaria la posición de determinados acreedores, en especial, la Seguridad Social*». ⁹⁶ Incluso el Alto Tribunal se ha mostrado reticente a la reforma y ha señalado «*el realce y el trato diferenciado de esas deudas desde el punto de vista del saneamiento financiero de la Seguridad Social (...) por la incuestionable voluntad del legislador de priorizar el interés del acreedor público –la TGSS– respecto de la finalidad de procurar la continuación y no la liquidación de la mercantil concursada, incentivándola con esa cesión libre de deudas con la TGSS, objetivo ese que predica, no sin contradicción, el preámbulo del Real Decreto-Ley 11/2014*» ⁹⁷.

Centrados ahora en las modificaciones que afectan al Convenio concursal, puede destacarse la ampliación del *quórum* de la Junta de acreedores, atribuyéndose derecho de voto a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso, salvo que se trate de personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 122.1 LC). Con anterioridad a la reforma, la regla

⁹⁶ En una línea similar también el AJM Barcelona n.º 5, de 7 de julio de 2016, y el AJM Madrid n.º 7, de 6 de julio de 2016.

⁹⁷ STS, Sala de lo Contencioso (Sección 4ª), 336/2017, de 29 de enero.

general consistía en que tanto los acreedores subordinados como aquellos que hubieran adquirido el crédito por actos *inter vivos* después de la declaración de concurso no tenían derecho de voto, salvo, respecto de estos últimos, que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa. Esta regla tenía como objetivo prevenir una posible adquisición fraudulenta, lo que se desincentivaba con la privación del derecho de voto. No obstante, el legislador aclara que el problema no está en «*adquirir algo, en este caso un derecho de crédito, a un precio menor que aquél por el que se pretenda vender o realizar*», sino «*en que el adquirente haya concertado con el deudor para defraudar al resto de acreedores*» (E. de M. IV). Correlativamente, el art. 93 LC se reforma para ampliar los supuestos en los que se considera que una persona está especialmente vinculada con el deudor. También debe señalarse el efecto positivo que tiene la atribución del derecho de voto a los acreedores que adquieran sus créditos con posterioridad a la declaración del concurso: fomentar la existencia de un mercado de dichos créditos que les permita obtener liquidez sin tener que esperar a la liquidación final.

En cuanto al contenido del Convenio concursal, se suprimen los límites cuantitativos y temporales establecidos en la redacción originaria para los créditos ordinarios, de forma que sigue vigente la obligación de que la propuesta de Convenio deba contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas, pero sin que la quita pueda exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos o la espera de cinco años. Igualmente se incluyen remisiones a los arts. 146 bis y 149 LC, aplicables también en caso de que la venta de la unidad productiva se materialice en fase de Convenio, lo que implica su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas, con las salvedades respecto los créditos laborales y de seguridad social.

En relación con lo anterior, también se modifican las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de Convenio (art. 124 LC). Cuando la propuesta de Convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, para que la propuesta de Convenio se considere aceptada será necesaria el voto favorable del 50 % del pasivo ordinario. Se mantiene la excepción de cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a

tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 %, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra.

Ahora bien, al haberse suprimido los límites del art. 100.1 LC, se requiere una mayoría reforzada del 65 % cuando la propuesta de Convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el art. 100 LC.

Finalmente, también se introduce como novedad el arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias, pudiendo quedar los acreedores privilegiados que no votaron a favor de la propuesta vinculados al Convenio cuando concurren determinados requisitos que analizaremos en el Capítulo III (art. 134.3 LC), así como otras reformas de menor entidad en materia de calificación y de acuerdos de refinanciación.

2.3.2.4. El mecanismo de la segunda oportunidad.

Como ya se expusiera, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, creó un mecanismo de negociación extrajudicial de las deudas de las personas físicas que, entre otros objetivos, pretende regenerar el concepto de emprendimiento y desligarlo de su tradicional vinculación con el fracaso y el empobrecimiento, de tal forma que la insolvencia del deudor no sea considerada como algo negativo, sino como una oportunidad de aprendizaje. Correlativamente, el legislador complementa este nuevo procedimiento extrajudicial con la inclusión de un régimen de exoneración de deudas en los casos en que el patrimonio del concursado es insuficiente para satisfacer la totalidad del pasivo, condonándose las deudas residuales que pudieran subsistir bajo determinadas circunstancias.

El acuerdo extrajudicial de pagos no estuvo exento de críticas, pues si bien introducía un cauce extrajudicial destinado a alcanzar un acuerdo entre deudor y acreedores que podía evitar la declaración de concurso, por tanto, antes de acudir a un potencial Convenio concursal, con la agilidad que ello suponía y los beneficiosos efectos en orden a la continuidad empresarial y conservación de la masa activa, se reservaba exclusivamente al empresario persona natural y a las personas jurídicas, sin que los consumidores pudieran beneficiarse de él. Autores como BAENA consideraron esta decisión del legislador desacertada, toda vez que los consumidores son «protagonistas de muchas insolvencias, las cuales pudieran haber tenido una adecuada solución jurídica mediante tal expediente»⁹⁸; decisión que será rectificada posteriormente.

No obstante, esta Ley no tuvo una aplicación práctica ostensible, pues el régimen de remisión de deudas que establecía para los deudores personas naturales era demasiado gravoso, por lo que la regulación de esta segunda oportunidad ideada para incentivar el emprendimiento en España quedó encorsetada en el plano teórico, fundamentalmente por los dos motivos siguientes:

⁹⁸ BAENA, P. J., «El concurso consecutivo», en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 33, Civitas, Pamplona, 2014, pp. 11-61.

- 1) Porque en nuestro país los concursos de personas físicas solo supusieron un 10 % del total de los concursos tramitados durante el año 2013⁹⁹.
- 2) Porque resultaban muy rigurosos y de difícil cumplimiento para el colectivo más afectado por la responsabilidad patrimonial universal los requisitos que debían concurrir para declarar la exoneración de las deudas insatisfechas¹⁰⁰.

En concreto, el art. 178.2 LC, en la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, establecía la liberación de las deudas insatisfechas *«siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados»*.

El fracaso de las previsiones de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, motivó una reforma urgente tanto del régimen del acuerdo extrajudicial de pagos como del mecanismo de remisión de deudas insatisfechas, destinado a flexibilizar dicho procedimiento y establecer un verdadero mecanismo de segunda oportunidad, como se señala en la E. de M. III del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio. Con esta reforma se produce una asimilación de la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos a la de los acuerdos de refinanciación, ampliando su ámbito subjetivo a las personas naturales no empresarias y con determinadas especialidades que agilizan el procedimiento. También se prevé, como modificación importante, la posibilidad de la extensión de los efectos del acuerdo frente a los acreedores garantizados disidentes y que los Notarios puedan ejercer como

⁹⁹ Fuente: INE. URL: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0413.pdf>.

¹⁰⁰ DE LA CUESTA RUTE, J. M., «Persona física y consumidor», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), Cizur Menor, 2009, pág. 115.

mediadores concursales en los acuerdos extrajudiciales de pagos que afecten a consumidores.

El nuevo mecanismo de segunda oportunidad introduce un nuevo precepto en la Ley Concursal: el art. 178 bis. En él se prevé el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho al que se pueden acoger los deudores personas naturales una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, suprimiéndose los requisitos anteriores del art. 178.2 LC.

La única condición que debe concurrir para que el deudor pueda acogerse a este beneficio es que sea de buena fe, aunque se establece un listado de circunstancias que deben concurrir que poco o nada tienen que ver con la buena fe. A modo de ejemplo, se considera de buena fe el deudor *que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios* (art. 178 bis 3. 4.º LC). Esto no tiene sentido alguno, pues lejos de supeditar la buena fe o no del deudor a un estudio de sus antecedentes empresariales, de la actividad por él desarrollada y de las circunstancias en las que se produjo la insolvencia, se basa en unos criterios objetivos que pueden dar lugar a situaciones paradójicas. Así, el deudor cuya insolvencia se produjo por una grave enfermedad que le imposibilitó cumplir con el umbral mínimo exigible no podrá beneficiarse de esta exoneración.

Este sistema implantado por el legislador español no solo castiga injustamente a los deudores que no han tenido una conducta reprochable, sino que también tiene un efecto negativo en cuanto a la concesión del crédito de una manera responsable, pues la actuación del deudor deviene irrelevante¹⁰¹. Autores como CARRASCO PERERA han señalado el peligro de acoger un concepto normativo y no valorativo de la buena fe, en

¹⁰¹ Banco Mundial, *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, p. 31. URL: http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf

tanto no solo no evita, sino que favorece eventuales fraudes y conductas estratégicas que pueden alterar y poner en peligro la cultura del pago¹⁰².

La exoneración del pasivo insatisfecho debe ser promovida a instancia del deudor y se concederá previo trámite de audiencia a la Administración Concursal y a los acreedores, al objeto de que puedan alegar lo que estimen conveniente. La exoneración puede ser definitiva o provisional, debiendo, en este último caso, ser abonadas las deudas no exonerables en un plazo máximo de cinco años y con posibilidad de revocación en ambos casos. Uno de los requisitos que deben concurrir para que el deudor sea considerado de buena fe es que *haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos* (art. 178 bis 3. 3º LC), por lo que un escenario donde se producirá esta exoneración será tras la declaración de concurso consecutivo y ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, o tras su incumplimiento o anulación, y la liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor.

Para BERROCAL LANZAROT, la segunda oportunidad «*consiste básicamente en la liberación o condonación definitiva de las deudas no satisfechas por el deudor persona física, bien en acuerdo extrajudicial de pagos o en el proceso concursal en fase de liquidación con la exoneración del pasivo, favoreciendo con ello la recuperación del deudor y [evitando] que se mantenga en una situación permanente de insolvencia*»¹⁰³. Esto va en consonancia con los objetivos del legislador de permitir que «*una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener*

¹⁰² CARRASCO PERERA, A., «El mecanismo de ‘segunda oportunidad’ para consumidores insolventes en el RD-L 1/2015: realidad y mito», en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, p. 4.

¹⁰³ La autora considera que este mecanismo de segunda oportunidad desincentiva la economía sumergida y favorece una cultura empresarial que posibilita el empleo y reduce las partidas de gastos dedicadas a proporcionar recursos sociales a estas personas y, en fin, facilita el crédito responsable (BERROCAL LANZAROT, A. I., «El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 63, 2015, págs. 85 y 88).

que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer» (E. de M. I).

La Ley 25/2015, de 28 de julio, también conocida como Ley de Segunda Oportunidad, que convalida el RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, introduce algunos cambios a la reforma inicial. Así, al primer requisito del art. 178 bis 3 LC de *que el concurso no haya sido declarado culpable* se añade una excepción: *si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1.1.º LC el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor.*

Esta novedad permite que el deudor cuyo concurso ha sido declarado culpable por incumplimiento del deber de solicitar el concurso pueda ser beneficiario de la exoneración del pasivo insatisfecho mediante decisión judicial motivada. También se añade un inciso en el art. 178 bis.5 LC respecto a la acción de reembolso correspondiente al fiador, por el cual se impide la subrogación del mismo en los derechos que el acreedor tuviera contra el deudor, salvo que se revocase la exoneración concedida.

2.3.2.5. El Texto Refundido de la Ley Concursal

La regulación actual en materia concursal se encuentra en el Real Decreto-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, que entró en vigor el pasado 1 de septiembre de 2020. Esta norma es el resultado de un récord legislativo en el Derecho patrio de reformas sobre una misma materia en un periodo de tiempo tan corto como el que estuvo vigente la Ley Concursal. Como ya se dijera, en un periodo de 17 años, la Ley Concursal ha sufrido un total de 29 reformas mediante Leyes, Reales Decretos-Leyes y Reales Decretos-Legislativos, concentradas, al menos las más importantes, entre los años 2009 a 2015, en algunas ocasiones producidas por una cambiante situación económica, atravesando un profundo periodo de crisis entre 2008 y 2011, y otras por la necesidad de incorporar nuevas instituciones previstas en el Derecho comparado o por una más que deficiente técnica legislativa que supuso «reformas de lo reformado».

El origen del Texto Refundido lo hallamos en la Disposición Final 8ª de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que habilitaba al Gobierno para elaborar y aprobar un Texto Refundido de la Ley Concursal antes del 27 de mayo de 2016. Dicho plazo finalizó sin que la disposición legal fuera atendida, razón por la que la Disposición Final 3ª de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, habilitaba un nuevo plazo para su aprobación. Esa autorización incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían ser refundidos.

La propuesta de Texto Refundido redactada por la Ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación fue datada el 6 de marzo de 2017, contando con un total de 751 artículos, que, tras diversos avatares, fue presentada por el poder ejecutivo en Marzo de 2019.

En pocos casos la necesidad de un texto refundido ha sido tan necesaria. Las dificultades que, tras tantas reformas, suscita la lectura y la interpretación de las normas legales e incluso la comprensión de la lógica interna del sistema concursal vigente exigían no posponer por más tiempo esa tarea que, aunque delicada, resultaba insoslayable afrontar.

Finalmente, el 7 de mayo de 2020, se publicó en el BOE el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR). El TRLR entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 y, entre otras, derogó la anterior Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y algunas de sus disposiciones Adicionales y Finales.

En cuanto a la regulación legal del Convenio en el actual Texto Refundido, y sus principales modificaciones respecto con la normativa anterior, las mismas serán objeto de estudio pormenorizado en el próximo capítulo de esta tesis.

De otro lado, la entrada en vigor del TRLR no supuso la derogación de las medidas concursales urgentes que se han ido aprobando a consecuencia de la crisis de la COVID-19, por lo que, de manera temporal, durante la vigencia de la llamada “normativa COVID” que afecte a la materia concursal, convivirán ambas normas.

Dicha normativa, será objeto de análisis seguidamente.

2.3.2.6. Modificaciones normativas en materia concursal originadas por la pandemia de la COVID-19

2.3.2.6.1. Medidas gubernativas en el ámbito concursal y societario

Las negativas consecuencias que para la economía nacional ha supuesto la crisis sanitaria producida por la pandemia de la COVID-19, obligaron al Gobierno a adoptar una serie de medidas en el ámbito de la Administración de Justicia, empezando por el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 e implementadas, en un primer momento, por el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, y que se estructuran en tres grandes bloques: medidas procesales, medidas concursales y societarias y medidas organizativas y tecnológicas, dedicando un Capítulo a cada una de ellas.

Este Real Decreto-Ley afectaba a la normativa concursal española durante un periodo de tiempo que se preveía crítico para nuestra economía, concentrado desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 14 de marzo de 2021 (período que, como se verá, posteriormente se vio ampliado), implicando la suspensión temporal de la aplicación de algunos preceptos de la Ley Concursal. Además, debe tenerse en cuenta que este Real Decreto se encontraba a caballo entre dos normativas concursales: la de la Ley Concursal de 2003 y la del Texto Refundido de 2020, e implicaba una suspensión temporal de muchos de sus preceptos, lo que originó cierta desorientación entre los operadores jurídicos, al menos al principio de su aplicación práctica ante y por los órganos jurisdiccionales.

Esta reforma era absolutamente necesaria atendida la coyuntura económica y social producida por la COVID-19. Ante una devastadora situación económica mundial y nacional sin precedentes, el Gobierno procedió a implementar medidas que trataran de paliar la pérdida de tejido industrial y de empleo, permitiendo la posibilidad de retrasar concursos, de agilizar su tramitación, de fomentar la solución del Convenio concursal, de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pago, entre otras.

El anterior Real Decreto-Ley, junto con la normativa que le ha seguido, se enmarcan en una vorágine legislativa que se inició con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, y que, en dicho contexto de

intensificación de la labor legislativa atribuida excepcionalmente al poder ejecutivo, vino precedida de otra, instada por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, que extendió a las empresas concursadas la posibilidad de solicitar un ERTE¹⁰⁴.

A estos singulares Expedientes de Regulación de Empleo no les resulta de aplicación el artículo 169 del TRLC, coexistiendo con la suspensión de contratos y reducción de jornada por motivos que no encuentran su vinculación con la COVID-19, para los que seguía siendo de aplicación la Ley Concursal.

Ha de reconocerse que la abundante normativa dictada en un corto periodo de tiempo, afectante a muy diversas materias, originó cierta confusión en su aplicación práctica por parte de los Juzgados de lo Mercantil. Así, el Real Decreto-Ley 8/2020 no permitía saber, pues no previó procedimiento alguno ni trámites al respecto, si las empresas concursadas podían acudir directamente al Juez del concurso para iniciar un ERTE de los que se preveían en la norma o si, por el contrario, no era necesario acudir al procedimiento judicial y podían dirigirse directamente a la autoridad laboral, lo que tenía gran trascendencia, vista la suspensión de plazos procesales en sede jurisdiccional. Esto llevó a muchas empresas que estaban en situación de concurso a acogerse al ERTE previsto en el RD-Ley solicitándolo ante el Juez del Concurso, aclarando el posterior RD-Ley 11/2020 que, en relación con los ERTE's del RD-Ley 8/2020 que fueron presentados ante el Juez del concurso antes de que entrase en vigor el RD-Ley 11/2020, si ya fueron aprobados por el Juez del Concurso, se mantendrán y producirán plenos efectos en relación con el reconocimiento de las prestaciones, mientras que, de no haber

¹⁰⁴ Su Disposición Transitoria 4ª contiene previsiones en materia de concursos de acreedores, señalando que de no haberse dictado a fecha 2 de abril de 2020 Auto por el Juez del concurso acordando la aplicación de las medidas excepcionales en relación con la suspensión de contratos, reducción de jornada por causas de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, la resolución judicial tendrá plenos efectos para el reconocimiento de las prestaciones previstas en su Capítulo II. De no haberse dictado resolución por el Juez del Concurso y haber sido presentadas las solicitudes, las mismas serán remitidas a la autoridad laboral y continuarán su tramitación por los cauces diseñados por los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, conservando su validez las actuaciones previamente practicadas y el periodo de consultas que estuviera en curso o se hubiera celebrado.

sido aprobados judicialmente, la tramitación corresponderá a la autoridad laboral, a la que deberán remitirse, si bien conservarán su validez los actos procesales realizados previamente.

Sin ánimo de exhaustividad y en lo que al presente trabajo de investigación se refiere, cabe destacar que las medidas de naturaleza concursal y societaria del RD-Ley 16/2020 han sido incluidas dentro de su Capítulo II, artículos 8 a 18, ambos inclusive. Estas medidas representan la respuesta gubernativa urgente a los obstáculos que la pandemia supone para la viabilidad de las empresas que se encuentran en situación concursal y que, en materia de Convenio, pueden verse abocadas a la liquidación, bien por la imposibilidad de suscribir el mismo o bien por su más que probable incumplimiento.

En la Exposición de Motivos del referido Real Decreto se aludía al carácter complementario de estas medidas respecto de las previamente adoptadas en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente a la COVID-19, y a la triple finalidad a que la respondían, que se centra en los siguientes objetivos:

1. El mantenimiento de la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos diligentes, es decir, de deudores que venían cumpliendo con regularidad las obligaciones establecidas en un Convenio, en un acuerdo extrajudicial de pagos o en un acuerdo de refinanciación homologado.

En este concreto ámbito, las medidas adoptadas eran las siguientes:

- a) Aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando, durante la vigencia del Convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas y solicite la modificación del Convenio antes del 14 de marzo de 2021.

En este sentido, el artículo 9.1 concedía al deudor el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma para solicitar la liquidación de la masa activa cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las

obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del Convenio concursal, siempre que presentara una propuesta de modificación del Convenio y ésta fuese admitida a trámite dentro de dicho plazo.

De igual manera, la Disposición Transitoria Segunda contenía la previsión, en materia de concurso de acreedores, de que el Juez del concurso no admitiera la solicitud de apertura de la fase de liquidación presentada por el deudor durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, es decir, desde el 14 de marzo hasta el 30 de abril, ambos inclusive, siempre que el deudor presentara una propuesta de modificación del Convenio y ésta fuese admitida a trámite antes del 14 de marzo de 2021.

- b) Facilitación del reconvenio y del acuerdo extrajudicial hasta el 14 de marzo de 2021.

Las mismas previsiones normativas contenidas en el artículo 8 y en la Disposición Transitoria Segunda 2ª hacían referencia a la medida consistente en facilitar la modificación del Convenio y del acuerdo extrajudicial de pagos, con el mismo condicionante de presentar antes del 14 de marzo de 2021 una propuesta de modificación.

- c) Por último, también se facilitaba, durante un año, respecto a los acuerdos de refinanciación homologados, no sólo su modificación, sino la firma de otros nuevos.

En efecto, el artículo 10.1 permitía la posibilidad de que el deudor pudiera acudir al Juzgado de lo Mercantil en el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, para modificar el acuerdo de refinanciación que estuviera homologado y vigente o para alcanzar uno nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación.

Sin duda alguna, la medida más importante de las previstas que guardaba relación con el objeto de la presente tesis doctoral era la posibilidad de aprobar un reconvenio, esto es, la habilitación legal para que el deudor pueda proponer y el órgano judicial aprobar un segundo Convenio concursal modificativo del originario. Esta

medida, enmarcada en el artículo 8 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, exige el cumplimiento de una serie de condicionantes para su aplicación, que son:

- i. Que se trate de empresas y autónomos que, antes de la entrada en vigor del estado de alarma, vinieran cumpliendo de manera regular las obligaciones fijadas en un Convenio o en un acuerdo extrajudicial de pagos.
- ii. Que la medida tiene un plazo de vigencia determinado, de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, esto es, su límite temporal se concreta hasta el 14 de marzo de 2021.
- iii. La propuesta de reconvenio debe ser presentada por el concursado y a ella han de acompañarse 3 documentos: una relación de los créditos concursales pendientes de abono y de los que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del Convenio, no hubieran sido satisfechos; un plan de viabilidad y un plan de pagos.

De igual forma, para dichos deudores y por el mismo periodo de tiempo, como ya se dijera, el artículo 9 preveía el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de su liquidación, con la finalidad de que se pudiera negociar y optar a la aprobación de un reconvenio.

Debe resaltarse que entre ambos preceptos existía una aparente contradicción o, cuando menos, una dudosa conciliación interpretativa. En efecto, mientras que en el artículo 8 se permitía al concursado presentar la propuesta de reconvenio hasta el 14 de marzo de 2021, con lo cual la podía presentar el último día de dicho plazo, en el artículo 9 se señala que, durante el mismo periodo de tiempo y límite temporal, el concursado no debía pedir la liquidación cuando conociera la imposibilidad de cumplir su Convenio, siempre que presentase propuesta de reconvenio y ésta fuera admitida a trámite «*dentro de dicho plazo*», lo que implica que los deudores debían presentar su propuesta de reconvenio con tiempo suficiente para que pudiese ser admitida a trámite por el Juez del Concurso antes del 14 de marzo de 2021 y difícilmente se admitiría a trámite por el órgano judicial si se presentase la propuesta de reconvenio el último día del plazo, algo para lo que le habilitaba el artículo 8.

En cuanto a la tramitación del reconvenio, la propuesta se tramitaría con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del Convenio originario, con las siguientes particularidades:

- i. La tramitación será escrita, con independencia del número de acreedores, lo que encuentra su justificación en la agilidad procedimental para la adopción de las medidas tendentes a salvaguardar el tejido industrial y el empleo que se contienen en el referido RD-Ley.
- ii. Las mayorías del pasivo exigibles serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del Convenio originario, con independencia del contenido del reconvenio. A diferencia del régimen contenido en la Ley 9/2015, no se contemplan *quórum*s reforzados para la aprobación del reconvenio, precisando expresamente la norma que en ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del Convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del Convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

Con manifiesta deficiencia técnica en la redacción legislativa, el RD-Ley preveía en el artículo 8.2 que el Juez diera traslado al concursado de las solicitudes de declaración de incumplimiento del Convenio que fuesen presentadas por los acreedores dentro de los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, pero no las admitiría a trámite hasta que transcurriesen tres meses a contar desde la finalización del plazo para su presentación, permitiendo al concursado la posibilidad de presentar la propuesta de reconvenio durante esos tres meses, que sería tramitada con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento. Aludimos a la deficiente técnica legislativa por el innecesario traslado al concursado de las solicitudes de declaración de incumplimiento durante un periodo de tiempo concreto, seis primeros meses de vigencia del estado de alarma, pues la propia norma extendía el plazo, señalándolo en un año, para el ejercicio por el deudor de la facultad de no solicitar la liquidación. Resulta absurdo, pues, fijar un plazo inferior para el traslado.

Concluía este precepto de la norma con un apartado 3, que preveía la aplicación de las anteriores previsiones a los acuerdos extrajudiciales de pagos.

2. Potenciar e incentivar la financiación empresarial.

Con el propósito de atender las necesidades transitorias de las empresas, facilitando el crédito y su liquidez, el Real Decreto-Ley introducía dos importantes novedades en materia de calificación de créditos. De un lado, calificaba como créditos contra la masa, llegado el caso de liquidación, los créditos derivados de compromisos de financiación o de prestación de garantías a cargo de terceros, incluidas las personas especialmente relacionadas con el concursado, que figuraran en la propuesta de Convenio o de reconvenio. Y de otro, calificaba como ordinarios los créditos de las personas especialmente vinculadas con el deudor en los concursos que pudieran declararse dentro de los 2 años siguientes a la declaración del estado de alarma, mejorando con ello la calificación de subordinados que señalaba para tales créditos el artículo 92.5º en relación con el artículo 93 de la Ley Concursal.

En efecto, el artículo 9.3 preveía que, en caso de incumplimiento del Convenio aprobado o del reconvenio, esto es, del modificado, dentro de los 2 años a contar desde la declaración del estado de alarma, o sea, del 14 de marzo de 2022, los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de éste por cualquier persona, incluidas las que, según la ley, tengan la consideración de personas especialmente vinculadas con él, tendrán la consideración de créditos contra la masa, siempre que se haga constar:

1.- La identidad del acreedor.

2.- La cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir.

Por su parte, el artículo 12 atribuía la naturaleza de créditos ordinarios a los correspondientes a los acreedores que tuvieran la consideración legal de personas especialmente relacionadas con el deudor y que se deriven de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al deudor en el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2020 y el 14 de marzo de 2022. La misma naturaleza de créditos ordinarios se atribuía a aquellos en que se hubieran subrogado las personas especialmente vinculadas con el deudor como

consecuencia de los pagos de créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta de éste, por el mismo periodo.

3. Atenuar el previsible aumento de litigiosidad.

En este concreto ámbito han sido muchas y variadas las medidas introducidas, todas ellas tendentes a reducir o, cuando menos, atenuar el más que probable incremento de los litigios en materia concursal ante los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia. Todas ellas se caracterizaban por la búsqueda de la agilización del proceso concursal y por presentar un carácter interino o transitorio.

Estas medidas implicaban la derogación del artículo 43 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, que establecía la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma y preveía que el Juez del Concurso no admitiría a trámite solicitudes de concurso necesario hasta que no transcurriesen dos meses desde la finalización de dicho estado de alarma.

El objetivo último de estas medidas es evitar que las empresas que pudieran ser viables en condiciones generales de mercado, se vieran abocadas a declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación en el contexto que siguiera a la superación de la crisis sanitaria.

Las concretas medidas eran las siguientes:

1.- Dispensa del deber de solicitar la declaración de concurso.

El artículo 11 preveía que, hasta el 31 de diciembre de 2020, el deudor que se encontrara en estado de insolvencia no estaría obligado a solicitar la declaración de concurso, aunque no se hubiera acogido a un previo procedimiento preconcursal.

2.- Inadmisión a trámite de concursos necesarios.

En su apartado 2, el mismo precepto antes señalado, disponía que los Jueces no admitirían a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas entre el 14 de marzo y el 31 de diciembre de 2020. Si antes de esta última fecha el deudor hubiera

presentado solicitud de concurso voluntario, se admitiría ésta a trámite preferentemente, aunque se registrase con fecha posterioridad a la de la solicitud de concurso necesario.

3.- Subastas extrajudiciales.

Entre el 14 de marzo de 2020 y el 14 de marzo de 2021, la subasta de bienes y derechos que integran la masa activa se desarrollaría extrajudicialmente, aunque ello suponga contradecir el sistema establecido en el Plan de Liquidación.

La excepción a tal previsión normativa lo constituía la enajenación de la empresa en su conjunto o de una o varias de sus unidades productivas, que podría realizarse mediante subasta, judicial o extrajudicial, o por cualquier otro medio legalmente previsto y judicialmente autorizado, debiendo estarse a los términos de la autorización judicialmente concedida si la realización de los bienes y derechos tuviera lugar mediante adjudicación directa, dación en pago o para pago.

4.- Simplificación de trámites.

Los artículos 13 y 16 preveían la simplificación de determinados actos y trámites procesales, como la regla general de supresión de Vistas y limitación de pruebas a las documentales y periciales en los incidentes concursales incoados para resolver impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, la consideración de allanamiento a la no contestación a la demanda, salvo que se trate de acreedores de Derecho público y el dictado inmediato de Auto aprobando el plan de liquidación.

5.- Actuaciones preferentes.

El artículo 14 señalaba una serie de actuaciones que tendrían una tramitación preferente durante el plazo de un año, a contar desde la declaración del estado de alarma. Por tanto, desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 14 de marzo de 2021, tendrían carácter preferente:

- a) Los incidentes concursales en materia laboral.
- b) Las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productos o a la venta en globo de los elementos del activo.

- c) Las propuestas de Convenio o reconvenio de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del Convenio.
- d) Los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa.
- e) La admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente.
- f) La adopción de medidas cautelares y, en general, cualesquiera otras que, a juicio del Juez del Concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos.

Asimismo, el artículo 17 preveía que hasta el 14 de Marzo de 2021, se considerara que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado sin éxito, si se acreditase que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo.

Finalmente, en el artículo 18 se introducía una medida de carácter societario, no concursal, vinculada con la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, según la cual no serían tenidas en cuenta las pérdidas sufridas durante el ejercicio 2020, ganando tiempo la sociedad hasta conocer los resultados del ejercicio 2021. Si los mismos fueran negativos, generando pérdidas que dejaran reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, debería convocarse la celebración de Junta para disolver la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida que resulte necesario, correspondiendo la convocatoria de Junta a los administradores o a cualquier socio en el plazo, lo que debía hacerse en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio.

En mi modesta opinión, este Real Decreto-Ley resultaba absolutamente necesario teniendo en cuenta el contexto económico existente al tiempo de decretarse el estado de alarma, y más allá de las críticas que pueda merecer por su posible aparición tardía o por las dudas sobre su constitucionalidad, al adoptar medidas que implican la modificación de Leyes Orgánicas, el texto ha sido valiente al fomentar los acuerdos entre deudor y acreedores como pilar estructural para atenuar el grave impacto de la crisis económica de origen sanitario, “rescatando” la figura del reconvenio y

permitiendo moratorias para evitar los efectos más perniciosos derivados del incumplimiento del Convenio. Estas medidas flexibilizaban las previsiones normativas concursales y se adaptaban a las circunstancias existentes al tiempo de decretarse el estado de alarma.

2.3.2.6.2. Medidas legislativas concursales y societarias

Tras la finalización de primer estado de alarma, el 19 de septiembre de 2020 se publicó la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

La anterior Ley deroga el RD-Ley 16/2020, ajustando las medidas contenidas en el mismo a la situación económica y sanitaria corriente.

De nuevo, nos encontramos con un capítulo II dedicado a las medidas concursales y societarias que casi en su totalidad sigue el esquema del articulado del RD-Ley 16/2020 (los artículos de 8 a 18 del anterior RD-Ley pasan ahora a enumerarse del 3 al 13 de la Ley 3/2020, añadiéndose una mención a los concursos consecutivos y al Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI) en el artículo 12).

En su mayor parte, dichos artículos mantienen y ratifican las medidas adoptadas por el RD-Ley 16/2020 y, en ciertos casos, se amplían los plazos para la aplicación de las medidas. Solo en casos concretos se introducen aspectos nuevos a las medidas introducidas en materia concursal.

Para evitar reiteraciones innecesarias, nos limitaremos al estudio de las modificaciones más relevantes y al artículo 3 de la Ley, por ser especialmente relativo a la modificación del Convenio concursal (reconvenio).

Así, en cuanto al artículo 3 de esta Ley, el mismo mantiene la medida ya establecida por el RD-Ley 16/2020, simplemente fijando el límite exacto temporal de aplicación en la fecha del 14 de marzo de 2021. De otro lado, también se matizaba y ampliaba el plazo para la no admisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento del Convenio (desde el 14 de diciembre de 2021, hasta el 31 de enero de 2022).

Lo que sí resulta realmente modificado es lo relativo a la enajenación de la masa activa. En efecto, el artículo 10 de la Ley vuelve a introducir la posibilidad de que la subasta de bienes y derechos de la masa activa pueda realizarse también en sede judicial. Se añade, además, la preferencia telemática para la celebración de las subastas.

La presente Ley también modifica lo referente a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 8). Ante todo, engloba en dicho precepto todos los casos que se den hasta el 14 de marzo de 2022, sin importar si se ha presentado o no el inventario provisional y la lista de acreedores, para los cuales no será necesaria la celebración de vista, salvo que el juez del concurso resuelva otra cosa, si bien sin limitar expresamente los medios de prueba.

De otro lado, se añaden supuestos de tramitación preferente, como el caso de los concursos consecutivos.

2.3.2.6.3. Medidas de apoyo a la liquidez y la solvencia empresarial

Tras la aprobación de la Ley 3/2020, el 19 de noviembre de 2020 entra en vigor el Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria.

De nuevo, este Real Decreto Ley, en lo que nos concierne, representa una continuidad en la necesaria aprobación de una serie de medidas en el ámbito de la administración de justicia, aprobadas primero en el marco del Real Decreto-Ley 16/2020 y, posteriormente, tras la tramitación parlamentaria, confirmadas con la aprobación de la Ley 3/2020.

Como hemos visto, estas normas introdujeron una serie de medidas que debían resultar fundamentales a nivel procesal, empresarial y económico. En ámbito concursal y societario se ha buscado evitar una “avalancha” de concursos y de liquidaciones.

Ahora, con este Real Decreto-Ley se prorrogaron ulteriormente algunas de las medidas adoptadas por la Ley 3/2020, con el ánimo de intentar mantener la continuidad económica de las empresas. Así, por un lado, se ampliaba hasta el 14 de marzo de 2021 la suspensión del deber de solicitar la declaración del concurso de acreedores, así como la obligación del juez de admitir a trámite las solicitudes de concurso necesario. También se ampliaba el plazo (hasta el 30 de abril de 2021) de las medidas de inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento de acuerdos de refinanciación, de Convenio o de acuerdo extrajudicial de pagos, siempre condicionando lo anterior a la renegociación de un acuerdo o Convenio (en lo que más nos concierne, se mantiene, por tanto, la figura del reconvenio).

Todo lo anterior lo encontramos regulado en la Disposición Final Décima de la presente norma, relativa a la modificación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia.

2.3.2.6.4. Medidas adicionales de refuerzo de la solvencia con impacto macroeconómico

A pesar de la adopción de las medidas señaladas y de las prórrogas establecidas, el impacto sanitario y económico derivado de la pandemia de la COVID-19 ha seguido arrastrando sus efectos hasta fechas actuales. Es así que la anterior situación ha llevado al Gobierno a extender una vez más alguna de las medidas adoptadas en el ámbito de la administración de justicia por el Real Decreto Ley 16/2020, confirmadas por la Ley 3/2020 y ya prorrogadas por el Real Decreto Ley 34/2020.

El Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, es el que nos deja la última versión, tras su entrada en vigor el 13 de marzo de 2021, consolidando plenamente el contenido de la Ley 3/2020, si bien modifica sus artículos 3, 4.1, 5, 6, 9, 10 y 12 a la vez que añade un nuevo artículo, el 8 bis.

Así, se extienden hasta el 31 de Diciembre de 2021 las moratorias concursales y se mantienen las medidas de agilización del proceso concursal. Todo ello a través de la Disposición Final Séptima de este Real Decreto-Ley, relativo a la última modificación de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

En primer lugar, se amplía hasta el 31 de diciembre de 2021 el plazo de la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso y se suspende hasta esa misma fecha la tramitación de las solicitudes de concurso necesario.

En lo que más afecta al contenido de la presente tesis, se amplía el plazo para poder presentar propuesta de modificaciones de Convenios o acuerdos extrajudiciales de pago (AEP) hasta el mismo 31 de diciembre de 2021 (sigue cobrando aún mayor relevancia la figura del reconvenio). En efecto, las solicitudes de declaración de incumplimiento de Convenios o acuerdos presentadas durante este periodo no serán admitidas a trámite. Las solicitudes de incumplimiento que se hubieran presentado entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021 serán trasladadas al deudor pero no serán admitidas a trámite hasta el 30 de abril de 2021; las que se hubieran presentado entre el 31 de enero y 30 de septiembre de 2021 serán trasladadas al deudor pero no se

admitirán a trámite hasta el 30 de diciembre de 2021 y durante ese periodo el deudor podrá formular propuestas de modificación que serán tramitadas con preferencia; las que se hubieran presentado entre el 31 de enero de 2021 y 13 de marzo de 2021 (fecha de entrada en vigor de la norma) que hubieran sido admitidas a trámite se suspenderán en su tramitación hasta el 30 de diciembre de 2021 y si durante los tres meses anteriores a dicha fecha el deudor formulase una propuesta de modificación del Convenio o del AEP se tramitarán preferentemente las mismas, archivándose las solicitudes de incumplimiento.

Asimismo, también se suspende hasta el 31 de diciembre de 2021 la obligación del deudor de solicitar la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del Convenio concursal, siempre que el deudor presente una propuesta de modificación del Convenio y la misma sea admitida a trámite dentro de dicho plazo.

Lo mismo sucede con los incumplimientos relativos a los acuerdos de refinanciación, donde se amplía el plazo para su renegociación o nueva proposición hasta el 31 de diciembre de 2021. En paralelo con las suspensiones de las admisiones a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento de Convenio y acuerdos extrajudiciales de pagos, la norma también suspende, con sistemática similar, las solicitudes de declaración de incumplimiento de los acuerdos de refinanciación que se presenten.

Se añade, además, un artículo 8 bis relativo a los incidentes de reintegración de la masa activa, por el cual se establece que, hasta el 31 de diciembre de 2021, para resolver esta clase de incidentes no será necesaria la celebración de Vista, salvo que el juez del concurso resuelva otra cosa. En este caso también se entenderá que la falta de contestación a la demanda se considerará allanamiento, salvo que se trate de acreedores de derecho público y los medios de prueba de que intenten valerse las partes deberán acompañarse necesariamente a la demanda incidental y a sus contestaciones, lo que supone, en la práctica, que la única prueba admisible lo será la documental y, en su caso, la pericial sin ratificación en Sala de los autores ni sumisión a contradicción o aclaraciones.

De otro lado, se fomenta la realización de la masa activa del concursado a través de subasta extrajudicial operada por entidad especializada, sistema de realización previsto en el artículo 10.1 de la Ley 3/2020, el cual queda redactado en los siguientes términos: *«En los concursos de acreedores que se declaren hasta el 31 de diciembre de 2021 y en los que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, la subasta de bienes y derechos de la masa activa podrá realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Excepcionalmente, y durante el mismo período, aunque en el plan de liquidación aprobado judicialmente se hubiera previsto una determinada modalidad de subasta extrajudicial, ésta podrá realizarse conforme a cualquier otra modalidad, incluida la que se realice a través de empresa especializada, sin necesidad de modificar el plan ni de solicitar la autorización expresa del juez del concurso. En todo caso, esta sustitución se hará constar en el correspondiente informe trimestral.»*

2.4. Perspectiva de futuro

Actualmente, se encuentra en trámite de audiencia el anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencias de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

El Texto, elaborado por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y que cuenta con un artículo único de modificación del TRLC, subdividido en 181 apartados, 11 Disposiciones Adicionales, 4 Disposiciones Transitorias y 11 Disposiciones Finales, viene acompañado de una memoria del análisis de su impacto normativo elaborada por el propio Ministerio de Justicia¹⁰⁵.

Un examen exhaustivo de los anteriores documentos, evidentemente, excedería con creces el objeto de la presente tesis. No obstante, siendo un hito de manifiesta relevancia que afecta a la materia objeto de la tesis, sí nos detendremos, aunque de forma breve, en las implicaciones que tendría a futuro la aprobación del presente anteproyecto de Ley en relación con la regulación legal del Convenio y sus principales modificaciones respecto de la normativa actual.

¹⁰⁵ El Texto del Anteproyecto se puede consultar en la siguiente URL:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Insolvencia%20Tramitaci%3%b3n.pdf>.

Asimismo, la memoria del Análisis de Impacto Normativo, se puede consultar en:

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN%20APL%20Insolvencia%20Tramitaci%3%b3n.pdf>.

Ambas con fecha de publicación de 4 de Agosto de 2021. No obstante, el plazo para presentar aportaciones finalizó el día 25 de Agosto de 2021.

Las reformas introducidas se exponen en tres grandes bloques: el de los planes de reestructuración, el de la exoneración del pasivo insatisfecho y el relativo a la eficiencia. La memoria centra las modificaciones introducidas en el ámbito del Convenio concursal en el apartado de reformas relativas a la eficiencia del procedimiento concursal.

Se parte de la premisa de que la experiencia acumulada desde la vigencia de la Ley Concursal ha constado lo erróneo de la consideración del Convenio como “solución normal” del concurso, cuando la realidad demuestra que, al contrario, se trata de la solución excepcional (más del 90% de los concursos tramitados finalizan por liquidación).

En efecto, el Anteproyecto ha prestado especial atención a la figura del Convenio, con el fin de potenciar esta solución. Indudablemente, el Título VII del Libro I del TRLC, relativo al Convenio, es uno de los apartados que más amplias y profundas modificaciones va a sufrir.

En la propia memoria se establece que son dos los criterios principales que han impulsado los cambios, *«Por una parte, la necesaria simplificación y agilización del procedimiento ha aconsejado eliminar la propuesta anticipada de Convenio, ya que, existiendo la posibilidad de alcanzar un plan de reestructuración [no] sólo en los casos de probabilidad de insolvencia, sino también en los casos de insolvencia actual, esa propuesta anticipada ha perdido la razón de ser; y ha aconsejado igualmente eliminar la muy arcaica junta de acreedores sustituyéndola en todos los casos por una tramitación escrita.»* y, por otra parte, *«la necesidad de evitar que exista una profunda asimetría entre la regulación de los acuerdos de reestructuración y el Convenio concursal afecta tanto al contenido posible del Convenio de acreedores como a las reglas para la aceptación de la propuesta, aprobación e impugnación.»*¹⁰⁶

En definitiva, resumiendo, las principales reformas que el actual anteproyecto propone en cuanto al Convenio concursal se pueden resumir en las siguientes:

¹⁰⁶ Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Política Legislativa, *Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (...)*, p. 47.

1) supresión de la figura del Convenio anticipado o propuesta anticipada de Convenio;

2) supresión de la junta de acreedores presente en la actualidad, introduciéndose en todos los casos una tramitación escrita; y

3) se establece un régimen de aprobación del Convenio muy similar al previsto para los acuerdos de reestructuración.

CAPÍTULO II

La Regulación legal del Convenio en el actual Texto Refundido y sus principales modificaciones respecto de la normativa anterior

1. Introducción

Como dijimos anteriormente, la normativa actualmente vigente en materia concursal está representada por el Texto Refundido de la Ley Concursal, que entró en vigor el pasado 1 de septiembre de 2020, siendo, por tanto, una norma muy reciente, con una escasa vida. Este texto normativo es el resultado de un récord legislativo en el Derecho patrio de reformas sobre una misma materia en un período de tiempo tan corto como el que estuvo vigente la Ley Concursal. En efecto, en un periodo de 17 años, la Ley Concursal ha sufrido un total de 29 reformas mediante Leyes, Reales Decretos-Leyes y Reales Decretos Legislativos, concentradas, al menos las más importantes, entre los años 2009 a 2015, en algunas ocasiones producidas por una cambiante situación económica, atravesando un profundo periodo de crisis entre 2008 y 2011, y en otras por la necesidad de incorporar nuevas instituciones previstas en el Derecho comparado o por una más que deficiente técnica legislativa que supuso «reformas de lo reformado».

En pocos casos la necesidad de un texto refundido ha sido más necesaria. Las dificultades que, tras tantas reformas, suscitaba la lectura e interpretación de las normas legales e incluso la comprensión de la lógica interna del sistema concursal vigente hasta la fecha exigían no posponer por más tiempo esa tarea que, aunque delicada, resultaba insoslayable afrontar.

Finalmente, el 7 de mayo de 2020, se publicó en el BOE el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. Como hemos anticipado, el TRLC entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 y, entre otras, derogó la anterior Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal y algunas de sus Disposiciones Adicionales y Finales.

En el presente capítulo traeremos a colación la regulación legal del Convenio en el actual Texto Refundido, poniendo en evidencia, cuando sea necesario, las principales modificaciones respecto de la normativa anterior (esto es, la regulación contenida en la Ley Concursal, en su última versión, vigente desde la publicación de su última modificación en fecha 2 de octubre de 2015, hasta su derogación con la entrada en vigor del TRLC).

No obstante, ya hemos advertido que, en ocasiones, la entrada en vigor del TRLC, propiamente, no ha supuesto el nacimiento de una nueva ley sino, como el propio nombre indica, la refundición de una ley ya existente. Como apunta I. SANCHO *«En principio, no se aprueban normas o reglas jurídicas nuevas, sino que las ya existentes son objeto de una reordenación sistemática y, en ocasiones, reformulación, en aras de una mayor claridad y armonización. Aunque es cierto que se explicitan algunas reglas que no aparecían en la ley y que ya eran objeto de jurisprudencia; así como otras “normas complementarias”, que no deberían constituir modificaciones de fondo»*.¹⁰⁷

Es la propia Exposición de Motivos del TRLC la que establece que la misma debía *«regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían ser refundidos»*, lo que implicaba *«alterar la literalidad de los textos para deputarlos en la medida necesaria para eliminar las dudas interpretativas que pudieran plantear»*.

En definitiva, no debemos esperar que en nuestra investigación se hallen importantes modificaciones de fondo del marco legal objeto de la refundición, en nuestro caso, de la regulación del Convenio concursal, pero sí nos detendremos, cuando sea conveniente, en explicitar y poner énfasis en las incorporaciones de doctrinas jurisprudenciales al cuerpo legal que pudieran ser relevantes. Eso sí, debemos tener presente que el Convenio concursal se regulaba en la antigua LC en su Capítulo I del Título V (artículos 98 a 141, ambos inclusive). Ahora, el mismo pasa a ocupar todo un Título del Libro I del TRLC, el Título VII (artículos 315 a 405, ambos inclusive). Es por

¹⁰⁷ SANCHO GARGALLO, I. «Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia», *Anuario de Derecho concursal*, Número 51, septiembre-diciembre 2020, p.1.

ello que, al referirnos al articulado del TRLC, también haremos referencia a su correspondencia en el articulado de la LC.

Asimismo, debemos tener presente que toda la doctrina y jurisprudencia emitida a la luz de antigua LC (al menos en su última versión de su respectivo articulado) debería ser plenamente aplicable al nuevo Texto Refundido.

En último lugar, queremos adelantar que no serán objeto del presente trabajo las discusiones que se han generado sobre ciertas “modificaciones” introducidas en el TRLC que supuestamente han podido incurrir en una extralimitación de la delegación, dado que entendemos que no resultan aplicables a la regulación del Convenio.

2. La propuesta de Convenio

Con anterioridad a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el contenido de las propuestas de Convenio se encontraba limitado, no pudiendo ser las quitas superiores al 50 % del crédito ordinario y no pudiendo superar las esperas los 5 años. Excepcionalmente, cuando el concurso fuera de empresas de especial trascendencia para la economía se permitía la superación de dichos límites si así lo autorizaba el Juez del Concurso. No obstante, la grave crisis económica originó que la excepción se convirtiera en la regla general, de modo que los Jueces comenzaron a atribuir dicha condición a las empresas y dejaban en manos de los acreedores el apoyo o no de la propuesta de Convenio.

Finalmente, el legislador optó por reformar el régimen de las propuestas de Convenio y levantar los límites tradicionales, de forma que la práctica judicial se impuso definitivamente. Actualmente, las quitas pueden ser del 100 %, no existiendo límite cuantitativo, por tanto, contando las esperas con un límite temporal máximo de 10 años; como contrapartida, las mayorías para entender un Convenio aprobado se han visto modificadas y reforzadas en función de lo gravoso que resulte el Convenio, como se verá seguidamente. Igualmente, la gravosidad del Convenio tiene como consecuencia la apertura de la sección de calificación, como, asimismo, se verá más adelante.

2.1. Requisitos formales

Dos son las exigencias formales de la propuesta de Convenio (art. 316 TRLC, anterior art. 99 LC), ya sea de tramitación anticipada u ordinaria y con independencia de que se planteen una o varias propuestas alternativas: su formalización por escrito y que esté firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente.¹⁰⁸

La necesidad de que la propuesta conste por escrito tiene que ver con la exigencia del art. 354.2 TRLC (anterior art. 103.2 LC) de que la adhesión sea «*pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno*». Esto constituía una novedad respecto de la regulación anterior a la Ley Concursal, pues antes de la LC se permitía negociar y modificar el contenido de la propuesta. Cualquier adhesión condicionada implicará que se tenga al acreedor por no adherido, salvo la excepción contemplada en el art. 319.2 TRLC (anterior art. 101.2 LC). Por tanto, la regla general es la de que no caben propuestas condicionadas. Igualmente, cobra sentido la imposibilidad de introducir modificaciones a la propuesta de Convenio a la luz del art. 347.1 TRLC (anteriores arts. 107.1 y 115.1 LC), que prevé la evaluación de la propuesta por la Administración Concursal, una vez admitida a trámite, en un plazo no superior a diez días.

Respecto a la firma, cuando el proponente lo haga en representación de una persona deberá ostentar poder suficiente y en vigor en el momento de la suscripción del acuerdo. Cuando quien deba adherirse a la propuesta sea una persona jurídica, el firmante será aquella persona encargada de representarla (v. gr., presidente o consejero delegado), siendo preciso, salvo existencia de delegación de facultades, que el órgano

¹⁰⁸ La presentación de la propuesta de Convenio por los acreedores solo cabe en el supuesto ordinario (art. 338 TRLC, anterior art. 113.1 *in fine* LC), esto es, cuando el concursado no hubiera presentado la propuesta anticipada de Convenio ni solicitado la liquidación. Cuando el acreedor sea persona jurídica, será el representante con poder suficiente para ello quien presentará la propuesta de Convenio, no habiéndose admitido que sea el socio único o mayoritario de la concursada, al carecer de legitimación para ello (AJM n.º 1 de Palma de Mallorca, de 8 de enero de 2014).

haya adoptado previamente el acuerdo, aunque sin ser necesario aportar certificación que justifique lo anterior.¹⁰⁹

Además, si la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir, firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente. Esta exigencia normativa responde a que ningún tercero puede ser obligado sin haber otorgado expresamente su consentimiento, habilitándose con ello a los acreedores para que con posterioridad puedan exigir el cumplimiento de los compromisos adquiridos.¹¹⁰ La firma, por lo general, deberá ser formalizada en documento público.

La firma del acuerdo implica que se tendrán por presentes a efectos del *quórum* de constitución a aquellos acreedores firmantes y los adheridos en tiempo y forma que no asistan a la junta de acreedores (art. 366.3 TRLC, anterior art. 118.3 LC)¹¹¹. De las propuestas presentadas, así como los documentos que deban acompañarlo (v. gr., plan de pagos, plan de viabilidad, etc.), se dará traslado a las partes personadas en el concurso, incluida a la Administración Concursal, para su evaluación.

¹⁰⁹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 971.

¹¹⁰ Cfr. SJM Madrid n.º 8, de 17 de junio de 2014 (EDJ 96369). Con la firma el compromitente manifiesta de forma expresa y fehaciente su obligación de pago y permite la aprobación de un Convenio que conlleve obligaciones a cargo de un tercero. Esto es especialmente importante en los Convenios de asunción, de constitución de garantías por terceros o cuando se asuma la obligación de financiar al concursado, pues es una muestra de confianza a los acreedores de que terceras personas intervendrán en el cumplimiento del Convenio, lo que aumentará la predisposición a votar a favor del mismo (AJM n.º 1 de Madrid, de 16 de noviembre de 2005 [EDJ 222036]).

¹¹¹ El nuevo artículo del TRLC simplemente aclara que los acreedores firmantes o adherentes de alguna de las propuestas pueden ser ordinarios o privilegiados (lo cual se ha de poner en relación con la definición de pasivo ordinario incluida en el art. 376.4 del TRLC (a su vez aclaración de lo dispuesto en el art. 124.2 de la LC).

2.2. Contenido

Como se apuntara con anterioridad, la autonomía de la voluntad de las partes sigue estando presente en la formación del Convenio, pues los acreedores gozan de un amplio margen de discrecionalidad para configurar su contenido. No obstante, dado que nos encontramos en un procedimiento de carácter público, la legislación concursal limita el contenido del Convenio para no desvirtuar su finalidad dirigida a la continuación de la actividad empresarial y convertirlo en un plan de liquidación destinado a la realización de los bienes de la concursada.¹¹² Así, el Convenio deberá contener necesariamente proposiciones de quita y espera, al ser este su contenido típico, pero también puede proponer alternativas (v. gr., conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos) siempre que se respeten los límites marcados por la ley. El contenido de la propuesta de Convenio es prácticamente el mismo nos encontremos en un supuesto de tramitación ordinaria o en uno de tramitación anticipada, aunque existen pequeñas matizaciones que expondremos a continuación.

¹¹² Al respecto, la SJM Madrid n.º 5, de 10 de enero de 2012 (EDJ 10943), señala que lo importante no es tanto el mantenimiento de la misma actividad, sino de la actividad empresarial en sí, pues se permite que la concursada modifique su estructura y cambie su objeto social.

2.2.1. Contenido general. Límites y excepciones

La propuesta de Convenio *deberá* contemplar una quita, una espera o ambas. El tenor literal del art. 317.1 TRLC (anterior art. 100.1 LC)¹¹³ no alberga dudas sobre su carácter imperativo, por lo que cabe concluir que el legislador ha establecido un contenido mínimo que todo Convenio deberá respetar, con independencia de las propuestas alternativas que pudieran presentarse.¹¹⁴

La quita es la reducción o minoración del importe del crédito a percibir por los acreedores, mientras que la espera es un aplazamiento en el pago de los créditos. El fundamento de lo anterior es que el sacrificio que comporta la quita y/o espera para los acreedores permite una satisfacción mayor a largo plazo que la que obtendrían con la liquidación concursal.¹¹⁵

Como quiera que la propuesta de Convenio está sometida a control judicial, es necesario que los tiempos de espera y las fechas de abono se determinen expresamente en el cuerpo de la propuesta, así como las cantidades o porcentajes de la quita.¹¹⁶ Esta no es una exigencia baladí, pues es necesario conocer el momento exacto en el que cada acreedor va a percibir su crédito, en aras a determinar si existe un trato singular, en cuyo caso para que sea válido será necesario reunir unos determinados *quórum*s (art. 378.1 TRLC, anterior art. 125.1.I LC).¹¹⁷

Originariamente, con el nacimiento de la LC, la quita y espera estaban sometidas a unos límites: las proposiciones de quita no podían exceder de la mitad del importe de

¹¹³ El actual artículo del TRLC además especifica que la espera no podrá ser superior a 10 años, lo que implícitamente ya se recogía en el apartado b) del art. 124.1 de la LC.

¹¹⁴ En este sentido, AAP Madrid, Sección 28ª, de 12 de marzo de 2010 (EDJ 107940) y SJM Alicante n.º 1, de 3 de septiembre de 2012 (EDJ 199858).

¹¹⁵ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), *Ley Concursal comentada*, Colección leyes comentadas, Lefebvre El Derecho, 2ª edición, Madrid, 2017, p. 343.

¹¹⁶ AJM n.º 1 de Granada, de 23 de enero de 2006 (JUR 2006, 82879).

¹¹⁷ AJM n.º 1 de Madrid, de 16 de marzo de 2006 (AC 2006, 504).

cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que aprobara el Convenio (art. 100.1 de la LC en su redacción original). Si bien la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, suprimió estos límites, la justificación de su presencia en la redacción originaria de la Ley Concursal obedecía al intento de evitar quitas y/o esperas sin límite temporal o cuantitativo que diesen lugar a situaciones de favorecimiento para algunos acreedores, como ocurría en la legislación anterior, lo cual generaba situaciones contrarias al interés de la colectividad y al espíritu de la *par conditio creditorum*.¹¹⁸ Por su parte, aunque el articulado hiciera referencia a los créditos ordinarios, a la luz del anterior art. 134.1.II LC debemos entender que estos límites operaban igualmente respecto los créditos subordinados, pues estos quedarían afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el Convenio para los ordinarios, con la diferencia de que los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del Convenio respecto de aquellos.

Estas limitaciones no operaban de forma absoluta, pues el Juez del concurso podía autorizar, motivadamente, la superación de dichos límites. Concretamente, los supuestos excepcionales eran dos. De un lado, cuando nos encontrábamos ante un «concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía», siempre que se contemplara en el plan de viabilidad y se acompañara un informe emitido al efecto por la Administración Concursal (art. 101.1.II LC, en su redacción original). Y de otro, cuando nos encontráramos ante una propuesta anticipada de Convenio en la que se previera contar con los recursos que generase la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada y se contemplara una quita o espera superior a los límites previstos (art. 104.2 LC, en relación con el art. 100.5 LC, ambos en su redacción original).¹¹⁹ Evidentemente, la supresión de los límites por la

¹¹⁸ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 343.

¹¹⁹ La decisión de superar los límites previstos quedaba a la plena discreción del Juzgador, quien a la vista de los informes de la Administración económica competente y de la Administración Concursal, resolvía. Sin embargo, parece ser que no existían motivos para denegar esta superación cuando ambos informes fueran favorables y debidamente fundados. Con todo, esta medida tenía carácter excepcional y no operaba de forma automática (AJM n.º 14 de Granada, de 23 de enero de 2006 [JUR 2006, 82879]). Por su parte, esta medida excepcional, que tenía

Ley 38/2011, de 10 de octubre, hace que en la vigente Legislación Concursal ya no se contemplen tales excepciones.

De una lectura conjunta de los artículos 317.1 y 376.1.2 y 3 del TRLC (anteriores arts. 100.1 y 124.1 LC) podemos diferenciar tres tipos de Convenio en función del sacrificio exigido a los acreedores. El *menos gravoso*, consistente en el pago íntegro de los créditos ordinarios en un plazo no superior a 3 años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 %. El *estándar*, así calificado por ser el habitualmente presentado por los concursados ante los Jueces del Concurso, consistente en proposiciones de quita de hasta el 50 % y/o una espera, ya sea de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, por un plazo no superior a 5 años. Y el *gravoso*, en el que los límites anteriores son superados¹²⁰. No obstante, como veremos en el capítulo correspondiente a la calificación concursal, el Tribunal Supremo ha reducido esta clasificación, limitándola a Convenios gravosos y no gravosos, en función de que se supere dicho límite y deba abrirse o no la sección de calificación tras su aprobación.¹²¹

Pues bien, tradicionalmente existían tres tipos de Convenio y solo dos mayorías para su aceptación. Así, la mayoría ordinaria de la mitad del pasivo ordinario operaba para entender aceptado tanto el Convenio que no superara los límites tanto como aquel que lo hiciera (Convenios estándar y gravosos). Por su parte, para los Convenios menos gravosos ya se requería una mayoría inferior, siendo suficiente que el voto favorable del pasivo ordinario superara al voto en contra. Con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se suprimen los límites de las quitas y esperas (salvo el de las esperas de hasta 10 años) y correlativamente se modifican las mayorías de aceptación. Actualmente se pueden

como finalidad mantener la actividad de una empresa trascendente para la economía, solo podía ser planteada cuando la continuidad empresarial dependiese de la superación de dichos límites.

¹²⁰ En el anterior artículo 124.1.b) de la LC, se hacía referencia expresa a la espera superior de 5 años, pero máxima de 10 y a las quitas superiores al 50%; ahora, el art. 376.3 del TRLC lo hace por remisión implícita al art. 317.1 TRLC (esperas de máximo 10 años) y a los apartados anteriores del mismo precepto.

¹²¹ Vid. STS 12 de febrero de 2013 y 13 de abril de 2016.

seguir diferenciando los tres tipos de Convenios anteriores con la diferencia de que para los gravosos se exige una mayoría del 65 % del pasivo ordinario.

Dicho todo lo anterior, es menester hacer referencia a determinados documentos que la ley prevé que deben acompañar a la propuesta de Convenio (uno de ellos en todo caso, otro bajo determinadas circunstancias). Actualmente estos documentos se regulan en una sección separada propia del Capítulo I del Título relativo al Convenio concursal, la cual comprende los artículos 331 y 332 TRLC.

Uno de ellos es el *plan de pagos*, que deberá detallar los recursos previstos para el cumplimiento del Convenio, con inclusión, en su caso, de los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado (art. 331 TRLC, anterior art. 100.4 LC). Este documento permitirá que tanto la Administración Concursal como los acreedores puedan evaluar las posibilidades reales de cumplimiento del Convenio. Por su parte, el *plan de viabilidad* se exige cuando para atender al cumplimiento del Convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación de la actividad profesional o empresarial. En él deberán especificarse los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (art. 332 TRLC, anterior art. 100.5 LC). Igualmente, los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el Convenio.

Es preciso hacer una distinción terminológica entre la propuesta y la financiación del Convenio. La propuesta *stricto sensu* se encuentra regulada en la Sección 2ª del Capítulo I del Título relativo al Convenio del Libro I del TRLC y equivale a la oferta que se hace a los acreedores para la satisfacción de sus créditos (v. gr., plazos, quitas, intereses, conversión de la deuda en capital, etc.); en otras palabras, la propuesta hace referencia a la forma, cuantía y plazos en que se satisfará el crédito de los acreedores. En este sentido, los acreedores pueden asumir modalidades distintas, por lo que un grupo puede haber elegido la conversión de la deuda en capital, mientras otro puede haber optado por la quita y la espera. El TRLC exige que una de estas formas sea una quita y/o espera, permitiendo, eso sí, que puedan proponerse otras alternativas para la satisfacción del crédito. En cambio, la financiación del Convenio se regula en la Sección 3ª y se materializa mediante el plan de pagos y el plan de viabilidad. Estos

documentos esenciales establecen cómo el deudor va a cumplir con lo propuesto, a cuyo fin se acompañan dichos documentos a la propuesta en sí. Por esta razón, se ha dicho que el plan de viabilidad sirve para que los acreedores conozcan el alcance de su voto o las condiciones en las que formulan su adhesión y para examinar la viabilidad del Convenio, pero no convierte a este documento en contenido del Convenio,¹²² ni cabe, por ello, impugnarlo por razones que guarden relación solo con el plan.¹²³ Estos documentos orientarán el sentido del voto de los acreedores en el momento de aprobar el contenido del Convenio, *«pero es el Convenio y sólo el Convenio el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores»*.¹²⁴

Hoy día, el TRLC recoge un nuevo posible contenido general para la propuesta de Convenio, referido a la propuesta de Convenio que incluya cláusulas de intereses (artículo 320 TRLC). En efecto, cuando la propuesta no contenga quitas, la misma podrá incluir el pago, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso (calculados al tipo legal o, si fuera menor, al convencional).

De forma asimismo novedosa (esta vez en cuanto a sistemática), el TRLC también incluye la posibilidad de incluir medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y de disposición durante el periodo de cumplimiento del Convenio como contenido general de la propuesta, lo cual se regula como propuesta con limitación de facultades en su nuevo artículo 321 (en la normativa anterior esta posibilidad se contemplaba en el art. 317 de la LC cuando se ocupaba de la regulación del cumplimiento del Convenio).

Lo mismo sucede con la posibilidad de atribuir funciones a la Administración Concursal durante el período de cumplimiento del Convenio (art. 322 TRLC) que también pasa a ser una opción de contenido general de la propuesta de Convenio, lo que anteriormente estaba previsto en el art. 133.4 LC, a la hora de regular la eficacia del

¹²² SAP Barcelona, Sección 15ª, de 24 de mayo de 2012 (EDJ 153597).

¹²³ SJM A Coruña, de 24 de julio de 2013 (EDJ 256806).

¹²⁴ STS de 26 de marzo de 2015 (EDJ 45638).

Convenio (ahora también se habla de auxiliares delegados). Evidentemente, todo ello previo consentimiento de los interesados y fijando la remuneración que se considere oportuna.

Finalmente, el artículo 323 TRLC reúne en un mismo precepto las reglas aplicables a las propuestas de Convenio que prevean como contenido general la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial. En estos casos deberemos atenernos a los modos de realización y a las reglas establecidas al efecto en la Ley.

2.2.2. Sistemática seguida en la normativa concursal vigente

Que el Convenio deba contener necesariamente proposiciones de quita y/o espera no implica que sea su contenido único, pues la autonomía de la voluntad de las partes, sancionado en el art. 1.255 CC, les permite dotar al mismo de acuerdos que no sean contrarios a la moral, al orden público o a las leyes.¹²⁵ Esta idea se recoge en los actuales artículos de 325 a 330 TRLC (que reúnen la subsección relativa al contenido alternativo de la propuesta de Convenio), los cuales encuentran su antecedente inmediato en los anteriores arts. 100.2 y 3.II LC y 102 de la LC¹²⁶.

En dichos artículos se establece que la propuesta de Convenio puede contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, enumerando una lista de posibilidades: propuesta de Convenio con conversión de créditos, propuesta de Convenio con conversión de créditos en acciones o participaciones sociales (capitalización de la deuda o del crédito), propuesta de Convenio con cesión en pago, propuesta de Convenio con cesión de las acciones o de los efectos de la reintegración. Esta lista que se contiene en el TRLC debe considerarse *numerus apertus*, por lo que tendrán cabida cualesquiera otras proposiciones que no contravengan las disposiciones imperativas de la ley.

Con las proposiciones alternativas se otorga a los acreedores una facultad de elección entre varias opciones. Se trata, en definitiva, de fórmulas de contenido societario, que son verdaderas operaciones de reestructuración societaria que ya se preveían en los Convenios anteriores a la Ley Concursal en virtud de la libertad de contenido del Convenio.¹²⁷ La Ley 38/2011, de 10 de octubre, vino a ampliar la lista del art. 100.2 LC añadiendo nuevas opciones, hasta llegar a la lista del actual TRLC, siendo necesario acudir a los artículos 327 a 330 de su articulado.

¹²⁵ AAP Madrid, de 12 de marzo de 2010 (EDJ 107940).

¹²⁶ En el actual Texto Refundido se reordenan sistemáticamente las propuestas con contenido alternativo generando toda una subsección.

¹²⁷ LÓPEZ CURBELO, J., «El Convenio en la Ley Concursal. Especial referencia a su contenido», en OLIVENCIA, M. (hom.), ob. cit., Tomo IV, pp. 4629-4630.

Antes de entrar a analizar las distintas opciones, hemos de hacer una breve referencia al alcance de la nueva sistemática operada por el TRLC. Como hemos dicho, ahora estas opciones se integran en una subsección separada de lo que se denominan reglas generales de la propuesta de Convenio. Tal y como apunta ENCISO ALONSO-MUÑUMER M., «*Esta novedosa y discutible sistemática parece poner en cuestión que [estas opciones] pueda[n] constituir un contenido adicional de la propuesta de Convenio (...) sin que sea preciso que se articule mediante proposiciones alternativas*».¹²⁸

A tales efectos debemos tener presente que la Ley 9/2015 vino a dar una nueva redacción al artículo 100.2 de la LC incluyendo el término “adicionales” junto con el adjetivo “alternativas” para el sustantivo de las proposiciones. Lo anterior dejó constancia de que las propuestas de Convenio podían incorporar cualquiera de dichos contenidos (siempre y cuando también contuvieran quitas y/o esperas), lo que ya hemos señalado como contenido “imperativo” de la propuesta de Convenio. Sin embargo, actualmente el TRLC regula estas opciones únicamente como contenido alternativo, al incluirlas todas en dicha subsección separada. De esta manera se estaría excluyendo la posibilidad de que las opciones aquí enumeradas formen parte de una única propuesta de Convenio, cumulativa y no alternativa.

Así, según ENCISO ALONSO-MUÑUMER M., «*A pesar de la regulación en los términos referidos, sin embargo un destacado sector doctrinal entiende que ello no debe interpretarse como un obstáculo para que este contenido del Convenio constituya el contenido de una proposición puramente adicional y no alternativa, entre otras cosas porque ello podría suponer una vuelta al régimen anterior a la reforma de 2015, lo que excede de la tarea de refundición*».¹²⁹¹³⁰

¹²⁸ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Comentarios Artículo 327», en GRACIA PEINADO, J.; SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Sepín, España, 2021, Tomo II, p. 908.

¹²⁹ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Comentarios Artículo 327», en Ob, Cit., Tomo II, p. 909.

¹³⁰ «*Esta opinión viene refrendada por las previsiones del régimen de mayorías contenido en el TRLCon, en concreto por lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 376, que establece el*

La capitalización de la deuda supone la conversión del acreedor en propietario y puede ser total, cuando la totalidad del crédito pase a ser capital social, o parcial, cuando solo una parte del mismo sea convertido en acciones, participaciones o cuotas. La capitalización del crédito conlleva un aumento de capital por compensación de créditos, debiendo observarse en todo caso los requisitos establecidos para cada sociedad.¹³¹

Actualmente, el artículo 328.1 TRLC aclara no ser necesario que los créditos sean líquidos, vencidos o exigibles. También se elimina la necesidad de mayoría reforzada que se venía recogiendo en el párrafo segundo del artículo 100.2 de la LC.

La conversión del crédito en créditos participativos supone convertir la deuda en un crédito cuya retribución se encuentra vinculada total o parcialmente a los beneficios que pueda obtener el prestatario (el concursado).¹³² Es frecuente añadir una cláusula de subordinación que condicione el abono de estos créditos a la previa e íntegra satisfacción de los que corresponden a los demás acreedores. Normalmente estos créditos lo son a largo plazo, lo que los hacía incompatibles con las limitaciones temporales del originario art. 100.1 LC (un máximo de 5 años de espera), así como con

porcentaje necesario para aprobar una propuesta de Convenio cuando ella misma o alguna de las alternativas que incluya contenga "cualquier contenido"». (ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Comentarios Artículo 327», en Ob, Cit., Tomo II, p. 909.).

¹³¹ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 345. Para las Sociedades Anónimas es necesario que al menos el 25 % de los créditos a compensar sea líquidos, vencidos y exigibles, y que el vencimiento de los demás no sea superior a 5 años. Para las sociedades limitadas los créditos deben ser totalmente líquidos y exigibles (art. 301 LSC). La Ley 9/2015, de 25 de mayo, modifica el texto legal y considera que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles (art. 100.2.II *in fine* LC).

¹³² Según el art. 20 del RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, se considera préstamo participativo aquel en que la entidad prestamista percibe un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución puede ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. También se puede acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

la prohibición de no alterar la clasificación de los créditos (art. 100.3 LC, en su redacción original), lo que hacía imposible que los créditos ordinarios fueran satisfechos con posterioridad a los subordinados.¹³³ Esto hacía que en la práctica, con anterioridad a la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, salvo que se dieran las excepciones contempladas en los anteriores arts. 100.1.II y 104.2 LC, resultaba inviable la estipulación de créditos participativos a largo plazo. Actualmente, el art. 327.1 TRLC (anteriormente recogido en el art. 100.2 LC) posibilita la conversión del crédito en subordinado.

Debe señalarse que cuando la conversión de la deuda en préstamo participativo tenga lugar antes de los 5 años, se exigirá la mayoría del 50 % del pasivo ordinario. Desde la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se permite la superación de dicho límite hasta los 10 años de espera, pero requiriéndose en tal caso la mayoría reforzada del 65 % del pasivo ordinario.¹³⁴

En su día, las propuestas de Convenio con cesión en pago o con cesión de las acciones o de los efectos de la reintegración (actuales artículos 329 y 330 TRLC), tenían su previsión en el párrafo segundo del artículo 100.3 LC.

En efecto, si bien la redacción original del art. 100.3 LC recogía como regla general la prohibición de incluir en la propuesta de Convenio la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, la misma sí vio la luz a raíz de la reforma de la norma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (la cual la exceptuaba en los supuestos previstos en el artículo 155.4 LC). Finalmente, con la modificación introducida por la Ley 9/2015, se introdujo la posibilidad general de incluir la cesión en pago de bienes o derechos (no para pago), siempre y cuando los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial de la concursada y que su valor razonable sea igual o inferior al crédito que se extingue, debiendo integrarse en la masa activa si dicho valor razonable fuese superior.

¹³³ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 988.

¹³⁴ GARCÍA OREJUDO, R. (et al), *Visión Concursal, El funcionamiento del Concurso de Acreedores*, Dykinson, Barcelona, 2018, p.259.

Actualmente, dichas propuestas pasan a regularse expresamente en el artículo 329 TRLC, mejorando el redactado original, pero manteniendo las reglas establecidas y manteniendo la prohibición de que se pueda imponer la cesión en pago a los acreedores públicos.

En último lugar, el TRLC regula de manera novedosa la expresa posibilidad de recoger como contenido alternativo del Convenio la cesión de las acciones de reintegración (o sus efectos), confirmándose de este modo una opción que, aunque no se regulaba expresamente en la LC sí venía siendo demandada por una parte de la doctrina. Dicha cesión se puede plantear para uno o varios acreedores o clases de acreedores.

Por último, debe señalarse que cuando el Convenio plantee proposiciones alternativas se requerirá la mayoría correspondiente a la propuesta más gravosa. Por ejemplo, si el Convenio prevé dos propuestas consistentes en una quita del 60 % o una espera de 5 años, la mayoría requerida para su aceptación será la del 65 % del pasivo ordinario. Y ello con independencia de que la propuesta alternativa haya sido aceptada o no por algunos acreedores.¹³⁵

¹³⁵ GARCÍA OREJUDO, R. (*et al*), ob. cit., p. 258.

2.2.3. De la propuesta con asunción

El art. 100.2.III LC preveía lo que se denominan «proposiciones de enajenación», esto es, la transmisión bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o bien de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Tradicionalmente, la redacción originaria de la Ley Concursal contemplaba unos límites que buscaban impedir que el Convenio se convirtiera en una liquidación global encubierta del patrimonio del deudor o que la cesión de los bienes se hiciera a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos, algo que era frecuente en el marco legislativo anterior. Esto se traduce en que se prohibía la cesión *pro solvendo* y la cesión *pro soluto*, dos modalidades que han venido siendo diferenciadas por la jurisprudencia.¹³⁶ Esta última prohibición se levantó con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, permitiéndose la *datio pro soluto* a los acreedores, esto es, las cesiones que conlleven como efecto la liberación total del deudor y siempre que no se trate de bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Volviendo a la redacción originaria de la Ley Concursal, se preveía que cuando la enajenación afectase a un conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o a determinadas unidades productivas, las proposiciones debían incluir, necesariamente, la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial propia de las unidades productivas y el compromiso de pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de Convenio. La primera exigencia se mantenía también en la última versión

¹³⁶ La cesión *pro solvendo* está regulada en el art. 1.175 CC e implica la transmisión a un tercero de la posesión de los bienes y la facultad de su realización, aplicándose el importe obtenido al pago de la deuda, sin extinción en principio del crédito en su totalidad, salvo pacto en contrario, por lo que el deudor continuaría siendo responsable de la parte del crédito que no se alcance a satisfacer con el producto de los bienes cedidos. La cesión *pro soluto* implica la transmisión de la propiedad de los bienes al adquirente y liberando completamente al deudor. (PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», en *Diario La Ley*, n.º 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, Año XXXV, pp. 14-15).

de la Ley Concursal, siendo necesario el compromiso expreso del adquirente de mantener la actividad para que prospere la propuesta, lo que refleja la idea de la continuidad de la empresa como finalidad prioritaria del concurso.¹³⁷ Respecto a dicha actividad, esta debía ser la misma que la desempeñada por el deudor, sin perjuicio de las modificaciones necesarias para ello.

No ocurría lo mismo con el compromiso de pago de los créditos de los acreedores, que fue levantado con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, siendo suficiente que el adquirente de la unidad productiva asuma la continuidad de la actividad empresarial. Las obligaciones económicas a satisfacer podían oscilar entre la totalidad de las deudas del concurso hasta una parte de las mismas. En todo caso, se entendía que debía existir una correlación entre el valor de los bienes y derechos que se transmitían y la cuantía de los créditos a pagar.¹³⁸

Actualmente, el artículo 324.1 TRLC sí recoge expresamente la asunción por el adquirente de la obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales.

La asunción de los créditos por el adquirente puede tener carácter solidario, o bien, liberatorio para el deudor; en este último caso, el deudor quedaría exonerado del pago de la deuda convenida. Si el adquirente incumple con el compromiso asumido, el deudor no sería responsable ni podría reputarse un incumplimiento de Convenio. Por otra parte, es posible que de los términos convenidos respecto la cesión de los bienes y derechos los acreedores ordinarios y subordinados puedan ver satisfechos sus créditos con anterioridad a los acreedores privilegiados. En tal caso, estaríamos frente una

¹³⁷ LÓPEZ CURBELO, J., «El Convenio en la Ley Concursal. Especial referencia a su contenido», en OLIVENCIA, M. (hom.), ob. cit., Tomo IV, 4614-4615. El autor señala que en la tramitación parlamentaria del Proyecto no se contemplaba la previsión del art. 100.2.II LC, que al final fue incluido gracias a los intervinientes que insistieron en la idea de continuidad.

¹³⁸ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 992. En ningún caso puede minusvalorarse la masa activa de forma que el adquirente asuma obligaciones de pago por un importe menor al valor neto de los bienes y derechos adquiridos. Esto iría en detrimento de la finalidad principal del concurso, la satisfacción de los acreedores, que se antepondrá a cualquier otra, como puede ser la del saneamiento del deudor.

alteración de la clasificación de los créditos, vedada expresamente por el art. 318.1.2º TRLC, por lo que cuando el adquirente no pueda asumir el pago previo de los créditos privilegiados no podrá prosperar dicha propuesta.

En la actualidad el Convenio con asunción se regula, si bien a través de un único artículo (el 324 TRLC), en una subsección separada propia.

2.2.4. Prohibiciones

Tradicionalmente las prohibiciones recogidas por el art. 100.3 LC han sido tres:

- a) la cesión *pro solvendo* o *pro soluto* de bienes y derechos a los acreedores;
- b) la liquidación global del patrimonio del concursado; y
- c) la alteración de la clasificación de créditos y de su cuantía fijada en el procedimiento.

Como excepciones se establecía la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada y la enajenación de bienes y derechos con observancia del régimen comentado en los párrafos anteriores. Como hemos visto, en la actualidad, también se permite la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores —que no la cesión para pago—, siempre que estos no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial y que su valor razonable, sea igual o inferior al crédito que se extingue (o, si fuese superior, integrándose la diferencia en la masa activa).

Respecto a la prohibición de alterar la clasificación de los créditos establecida por ley, tiene su razón de ser en que la clasificación de los créditos y el régimen de privilegios son normas imperativas de orden público cuya aplicación no queda al arbitrio de la autonomía de la voluntad. Esto se traduce en que el juzgador deberá respetarlas y aplicarlas en todo caso, no quedando vinculado por la clasificación que hayan podido establecer las partes y/o la Administración Concursal.¹³⁹

En cuanto a la posibilidad de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada (art. 317.3 TRLC, anterior art. 100.3, *in fine* LC), toda operación de esta naturaleza debe hacerse al amparo de la Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), sin perjuicio de su acomodo con las prescripciones de la Ley Concursal.

Al respecto, deben señalarse dos cosas.

¹³⁹ Cfr. SJM n.º 1 de Oviedo, de 27 de mayo de 2005 [AC 2005, 1020], confirmada posteriormente por la SAP Oviedo, Sección 1ª, de 20 de diciembre de 2006.

La primera, que como sucede con las ampliaciones de capital, el inicio del proceso para la aprobación del acuerdo de fusión o escisión se efectúa una vez aprobado el Convenio y en ejecución del mismo.

La segunda, que en los casos en que se transmita la totalidad del activo y pasivo de la concursada a la sociedad absorbente, opera la sucesión universal y procede la extinción de la personalidad jurídica de aquella. Esto se traduce en que por lo general debería concluirse el concurso, no por cumplimiento de Convenio, sino por la superación del estado de insolvencia, pues el Convenio se mantiene vigente como contrato que es en tanto no sea cumplido por el nuevo deudor. Su incumplimiento por la sociedad absorbente justificaría el inicio de ejecuciones singulares contra ésta, pero no la reapertura del concurso de la sociedad absorbida al haber desaparecido del tráfico mercantil.¹⁴⁰

Actualmente, las prohibiciones se regulan en un artículo separado del TRLC, el artículo 318 (respecto al antiguo apartado tercero incluido en el mismo artículo 100 de la LC). Este artículo deja expresa constancia de que las propuestas de Convenio en ningún caso podrán suponer:

(i) la alteración de la cuantía de los créditos establecida por esta ley, sin perjuicio de los efectos de la quita o quitas que pudiera contener, y

(ii) La alteración de la clasificación de los créditos establecida por esta ley.

Además, se vuelve a recoger en su apartado segundo que las propuestas de Convenio nunca podrán consistir en la liquidación de la masa activa para la satisfacción de los créditos.

¹⁴⁰ GARCÍA OREJUDO, R. (*et al*), ob. cit., pp. 260-261.

2.2.5. Propuestas sometidas a condición

Por regla general, las propuestas de Convenio deben ser puras, sin que se someta su eficacia a cualquier clase de condición, en cuyo caso se tendrá por no presentada (art. 319.1 TRLC, anterior art. 101.1 LC) Esta norma opera para todo tipo de propuestas, tanto ordinarias como anticipadas. Cuando una propuesta esté sometida a condición, el Juez no podrá admitirla a trámite al concurrir infracción legal. Tampoco podrá concederse el plazo de subsanación previsto, pues se trata de una infracción legal absoluta cuya consecuencia es taxativa: se tendrá por no presentada. Sin embargo, en el supuesto que se presente una propuesta de contenido alternativo que incurriera parcialmente en esta prohibición, el Juez sí podría conceder al proponente un trámite de subsanación para que suprima la alternativa condicionada, en cuyo caso la propuesta devendría de contenido único.¹⁴¹ En caso contrario, se rechazará su admisión a trámite cuando no se haya suprimido el contenido afectado por dicha prohibición. En cualquier caso, la obligación no se presume, por lo que deberá probarse que la obligación se subordina a un hecho futuro e incierto.¹⁴²

La razón de ser de esta prohibición es que no puede hacerse depender la eficacia del Convenio de un hecho futuro o incierto. Es indiferente la clase de condición introducida, pues sea esta suspensiva o resolutoria, positiva o negativa, simple o compuesta, potestativa, casual o mixta, no será admitida a trámite por ser nula de pleno derecho. Igualmente, es indiferente que la condición se haya formulado de forma explícita o implícita, así como que ésta pueda afectar a una clase concreta de acreedores o a todos. Su finalidad es, precisamente, evitar cualquier ápice de incertidumbre en el acuerdo convenido entre deudor y acreedores, el cual debe asentarse sobre la certeza más absoluta. Sin embargo, debe matizarse que lo que se prohíbe es condicionar el Convenio, esto es, el acuerdo en sí. El contenido del Convenio sí que puede contemplar

¹⁴¹ ROJO, A., «Comentarios art. 101», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1.901.

¹⁴² STS de 24 de julio de 1997 (EDJ 6830).

variables o diferentes escenarios en atención a determinados hechos futuros que inciden en el resultado de la satisfacción de los acreedores.¹⁴³

Como excepción, se contempla que en el caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del Convenio de otro u otros (art. 319.2 TRLC, anterior art. 101.2 LC). Con esta excepción el legislador pretende permitir que determinados concursos de personas naturales o jurídicas especialmente relacionadas entre sí puedan solucionarse mediante Convenios coordinados.¹⁴⁴ De esta manera, podrán coordinarse la aprobación de Convenios de cónyuges declarados en concursos o de sociedades de un mismo grupo empresarial. Evidentemente, para que opere esta excepción será requisito indispensable que nos encontremos ante concursos conexos, por lo que es necesario la previa declaración conjunta o la acumulación. Con todo, esta excepción deberá interpretarse de forma restrictiva y no extender su supuesto de hecho a situaciones similares que no reúnan los requisitos exigidos.

¹⁴³ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1020. También véase la AAP Madrid, Sección 28ª, de 12 de marzo de 2010. En estos casos, no se está condicionando la eficacia del Convenio, que vincula a acreedores y deudor, sino modulándose la satisfacción de los acreedores con el beneplácito de ambos (v. gr., reducción de la quita en función de los resultados económicos de la sociedad). Por su parte, ejemplos de Convenio condicional sería cuando el tercero, administrador societario de la concursada que asume la obligación de pago de los acreedores, necesita que se levanten los embargos trabados sobre los bienes de su propiedad para obtener financiación y hacer frente a los pagos (SJM Madrid n.º 7, de 12 de noviembre de 2007 [EDJ 265859]), o bien, cuando se estipula en la propuesta de Convenio que solo será eficaz una de las alternativas si el pasivo ordinario que se adhiere a esa no supera un determinado importe tras la aplicación de la quita (AJM Castellón, de 11 de septiembre de 2009 [EDJ 405035]).

¹⁴⁴ ROJO, A., «Comentarios art. 101», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 1.901-1-902.

2.2.6. Propuestas con contenidos alternativos

Como se viene diciendo, las propuestas de Convenio pueden tener un contenido único o un contenido alternativo, esto es, pueden ofrecer la posibilidad de satisfacer el crédito acreedor de varias formas. Asimismo, las propuestas pueden contemplarse para todos los acreedores o solo para los de una determinada clase. Aunque la Ley enumera una serie de propuestas alternativas, lo cierto es que no es una lista *numerus clausus* y, en consecuencia, estas propuestas pueden tener un objeto muy variado.

Actualmente, el artículo 325 TRLC ya deja expresa constancia de que la propuesta de Convenio podrá contener (además de quitas y/o esperas) cualquier otra alternativa para todos o algunos créditos o clases de créditos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley (es sí, sin que en ningún caso puedan afectar a acreedores públicos).

Las proposiciones de contenido alternativo, como su nombre indica, llevan aparejada para el acreedor la facultad de elegir diversas alternativas (en un plazo que no podrá ser superior a un mes), debiendo determinar en ausencia de dicho ejercicio cual será la aplicable (art. 326 del TRLC, anterior art. 102. LC). Corresponde a cada acreedor valorar las diferentes modalidades de satisfacción previstas y ejercer su derecho de elección. Sin duda, con este tipo de propuestas se busca aumentar las posibilidades de que el Convenio tire hacia adelante.

Pueden diferenciarse aquellas propuestas *generales* y *especiales*. Son generales cuando la facultad de elección se atribuye a la totalidad de acreedores con independencia de su clase; son especiales cuando la facultad se reconoce a determinadas clases. No debe caerse en el error de equiparar el concepto de «clase» con el de «grupo», pues este último puede determinarse en función de las más variadas características (v. gr., acreedores proveedores, trabajadores, entidades financieras, públicos), mientras que aquel se delimita en función de la clasificación legal de los créditos (privilegiados, ordinarios y subordinados). En ningún caso esta facultad de elección se atribuye al órgano judicial.¹⁴⁵

¹⁴⁵ AAP Madrid, Sección 28ª, de 14 de junio de 2013 (EDJ 146809).

Por otra parte, debe señalarse que cada acreedor tiene la posibilidad de elegir de forma individual la propuesta aplicable y, por ende, la regulación futura con el deudor.¹⁴⁶ El acreedor debe exteriorizar su voluntad de forma individual y exclusiva, sin que la elección de una propuesta u otra pueda realizarse mediante mayorías. En todo caso, el ejercicio de la facultad de elección es independiente del derecho de adhesión y de voto.¹⁴⁷

Como quiera que resulta frecuente que en los concursos muchos de los acreedores no acaben compareciendo en el procedimiento, la propuesta deberá determinar qué alternativa será aplicable en el caso de que el acreedor no ejercite su facultad de elección. Al respecto, se admite que la elección de esta propuesta residual pueda condicionarse a determinadas circunstancias (v. gr., la que hubiera sido elegida por un determinado porcentaje).¹⁴⁸

¹⁴⁶ STS de 25 de noviembre de 2011 (EDJ 262922).

¹⁴⁷ ROJO, A., «Comentarios art. 102», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 1.911. Habrá acreedores que, no gozando del derecho a adherirse a la propuesta de Convenio o a votar a favor de ella, sí que tengan facultad de elección.

¹⁴⁸ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1031-1032.

3. La propuesta anticipada de Convenio

El Convenio de acreedores puede tramitarse de manera “ordinaria”, cuando la propuesta se presenta al término de la fase común o una vez iniciada la fase de Convenio, o “anticipada”, cuando la propuesta y aceptación del Convenio tengan lugar en el ínterin de la fase común. En este último supuesto, se produce una superposición de tramitaciones, toda vez que, mientras se desarrolla la fase común, destinada a conocer la situación patrimonial real del deudor, éste puede formular anticipadamente una propuesta de Convenio y, tras su admisión a trámite, la adhesión de los acreedores y, en su caso, aprobación judicial, se llevarán a cabo sin necesidad de abrir la fase de Convenio.

La propuesta de Convenio anticipada es un mecanismo que pretende no solo incentivar la consecución de un Convenio entre deudor y acreedores, sino también un ahorro del tiempo y gastos empleados en el procedimiento concursal, agilizando su tramitación.¹⁴⁹

Hemos de partir de la base de que en la anterior Ley Concursal, la propuesta anticipada de Convenio se regulaba como una tipología autónoma de propuesta de Convenio, estableciéndose una regulación específica y más o menos completa, casi sin remisiones a la propuesta ordinaria de Convenio. En cambio, el TRLC establece una nueva sistemática, en la cual la regulación es común a todo tipo de Convenio, dividiendo su articulado en varias subsecciones compartidas, diferenciándose únicamente las subsecciones relativas al momento de presentación de la propuesta anticipada y al sistema aceptación y adhesiones de dicha propuesta. No obstante, sí siguen señalando en distintos apartados de los preceptos del articulado compartido de las demás subsecciones distintas especialidades que se mantienen con respecto a la propuesta anticipada

No obstante, como señala BLANCO SARALEGUI, J.M., *«una buena parte de los requisitos de la propuesta anticipada se regulan a renglón seguido del momento de presentación, configurando un régimen que podríamos denominar semiautónomo, por lo que cabe preguntarse si se ha mejorado en algo la sistemática empleada inicialmente*

¹⁴⁹ E. de M. VI Ley Concursal.

por la ley concursal», lo cierto es que, «a pesar de lo que puedan tener en común la propuesta ordinaria y la propuesta anticipada, esta última tiene tantas especialidades que la concepción de un sistema híbrido perturba, más que aclara»¹⁵⁰.

En definitiva, consideramos apropiado seguir abordando, en este trabajo, en apartados separados las distintas fases de tramitación de los dos tipos de propuestas de Convenio.

El Convenio anticipado, a diferencia de la propuesta ordinaria, solo puede ser instado por el deudor, al ser el único legitimado para ello (art. 333 TRLC, anterior art.104.1 LC). Esta restricción tiene como objeto agilizar la solución del concurso, lo que no sería posible si se admitiera la legitimación de los acreedores, pues para verificar la superación del pasivo que exige la ley habría que confeccionar previamente la lista de acreedores con carácter definitivo, lo que retrasaría su tramitación anticipada.¹⁵¹ Algunos autores han señalado que la propuesta de Convenio anticipada se concibe como un «beneficio» para el deudor, pues únicamente se atribuye a aquel «merecedor» de tal beneficio.¹⁵² Y esto es así porque el art. 335 TRLC (anterior art. 105 LC) establece una lista de prohibiciones que limitan este beneficio a los deudores «diligentes» —v. gr., no haber sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio; no haber incumplido la obligación de depósito de las cuentas anuales, etc.— Esta clase de deudores podrán presentar su propuesta anticipada bien en la misma solicitud de concurso voluntario, bien con la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 333 TRLC, anterior art. 104.1 LC). No obstante, en todo caso se requiere que el deudor no haya solicitado la liquidación del activo, pues la solución convenida es incompatible con la fase de liquidación, ergo no pueden tramitarse de forma conjunta, estando también vedados los Convenios liquidatorios.

¹⁵⁰ BLANCO SARALEGUI, J.M., «Comentarios Artículo 333», en Ob, Cit., Tomo II, p. 942.

¹⁵¹ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 357.

¹⁵² ROJO, A., «Comentarios art. 104», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 1.929.

Por otro lado, para que pueda admitirse a trámite una propuesta anticipada debe ir acompañada, como norma general, de adhesiones de acreedores de cualquier clase¹⁵³ que superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 334 TRLC, anterior art. 106.1 LC). El RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, con el objeto de incentivar la tramitación anticipada del Convenio, añadió un inciso al artículo 106.1 LC, en el sentido de especificar que cuando la propuesta se presentara con la propia solicitud de concurso voluntario bastaba con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo. Este inciso se mantiene en el artículo 334 del TRLC, pasando a configurarse incluso como el punto de partida del precepto.

Las adhesiones que acompañan a la propuesta anticipada se traducen en una aceptación parcial del mismo, por lo que el legislador con esta exigencia pretende reforzar un eventual acuerdo y aumentar las probabilidades de alcanzar la mayoría necesaria para su aceptación. No obstante, una particularidad de la tramitación anticipada es que el Juez puede dejar sin efecto la admisión a trámite la propuesta si la Administración Concursal ha emitido un informe desfavorable (art. 350 TRLC, anterior art. 107.2 LC), lo que no ocurre en la tramitación ordinaria.

En cualquier caso, la ley no aboca inexorablemente a la concursada a la liquidación en caso de que la propuesta anticipada resulte infructuosa, pues se permite que el deudor pueda mantener su propuesta para que sea votada por la junta en fase de Convenio (art. 336 TRLC, anterior art. 110 LC). Igualmente, si opta por no mantener la propuesta, el deudor podrá formular una nueva.

Actualmente el artículo 336 TRLC especifica que los presupuestos para mantener o formular una nueva propuesta pueden pasar no solo por la no aprobación de una propuesta anticipada, sino también por la inadmisión a trámite de la misma. Además, se establece en su tercer apartado que la modificación de la propuesta anticipada o la nueva propuesta se podrán presentar hasta la fecha en que se pongan de manifiesto el inventario o la lista definitiva de acreedores.

¹⁵³ Salvo los subordinados, los cuales debemos recordar que no tienen derecho de adhesión ni de voto conforme al art. 352 TRLC, anterior art. 122.1 LC

3.1. Legitimación

Como se ha dicho, la legitimación se reconoce en exclusiva al deudor, sin que la tengan sus acreedores, hayan instado o no la declaración necesaria del concurso o con independencia del importe del pasivo que puedan representar. Incluso una propuesta anticipada presentada por estos con la aceptación del deudor debiera ser rechazada, pues el art. 333 TRLC es taxativo en cuanto a la legitimación. Su presentación opera tanto en los concursos voluntarios como necesarios, de tramitación ordinaria o abreviada, no siendo necesario que la resolución haya alcanzado o no su firmeza. Cuando el deudor sea persona jurídica, la presentación de la propuesta anticipada corresponde al órgano de administración o liquidación, pues quien está facultado para solicitar el concurso lo está también para elegir la modalidad de tramitación del Convenio.¹⁵⁴

¹⁵⁴ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1039.

3.2. Requisitos

Para que el deudor ostente legitimación debe reunir un doble requisito: no haber solicitado la liquidación de la masa activa, pues actualmente el TRLC incluye este requisito con carácter general para cualquier clase de propuesta en su artículo 315.2 (anteriormente la LC incluía una mención expresa a esta prohibición en el propio art. 104.1 LC encargado de la regulación del plazo de presentación de la concreta propuesta anticipada) y no estar incurso en alguna de las prohibiciones del art. 335 TRLC. El primer requisito tiene coherencia sistemática y de fondo si consideramos la incompatibilidad existente entre el Convenio y la liquidación, hasta el punto de no permitirse una propuesta de Convenio presentada en términos liquidativos. No obstante, algún autor ha señalado que, aunque el deudor hubiera solicitado la liquidación, su revocación posibilitaría la presentación de la propuesta anticipada.¹⁵⁵

¹⁵⁵ ROJO, A., «Comentarios art. 104», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 1.933. En este sentido, es posible que en la solicitud de revocación se formule la propuesta de Convenio anticipada.

3.3. Prohibiciones

La exigencia de no estar incurso en alguna de las prohibiciones enumeradas tiene que ver con que el Convenio anticipado se configura como un «beneficio» que solo se merece el «deudor honesto».¹⁵⁶ Aun así, debe señalarse que el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, introdujo varias modificaciones en sede de Convenio, de las cuales varias afectaron a su tramitación anticipada. Entre estas se encuentra la eliminación de la mayoría de las prohibiciones que se contemplaban, hasta el punto de que en la actualidad únicamente se han mantenido dos ordinales de los 6 vigentes en el art. 105 LC original (esta situación no ha variado en el actual artículo 335 del TRLC). En todo caso, al estar frente a una norma de carácter sancionador su interpretación ha de ser necesariamente restrictiva.

La primera prohibición, vigente a día de hoy, es la que tiene su fundamento en haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores (art. 335.1.1º TRLC). Es independiente el concepto por el que se haya condenado al deudor (autor, cómplice), pero en todo caso se requiere la existencia de una sentencia firme de condena. Si existe un procedimiento penal pendiente, en principio debería admitirse a trámite la propuesta formulada por el deudor, pero en tanto recaiga sentencia firme el Juez debería dejar sin efecto la propuesta y poner fin a su tramitación (art. 335.2 TRLC). En cuanto a la extensión temporal de la prohibición, esta se mantendrá en vigor en tanto no se produzca la cancelación de los antecedentes.¹⁵⁷ Cuando el deudor sea una persona jurídica, se entiende que incurre en esta prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno/s de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de Convenio.¹⁵⁸ Por

¹⁵⁶ Cfr. SJM Barcelona n.º 3, de 19 de diciembre de 2006.

¹⁵⁷ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1054.

¹⁵⁸ En MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 358, se plantea la posibilidad de que sea condenada la propia sociedad. Al no recaer la condena en una persona física, una interpretación restrictiva de la norma impediría aplicar esta prohibición a la sociedad.

otra parte, la prohibición es absoluta, lo que significa que aun cuando se haya condenado al administrador o liquidador de la sociedad por hechos que no tienen vinculación con la sociedad, a ésta le estará vedada la tramitación anticipada de Convenio.¹⁵⁹

La segunda prohibición que se mantiene en la actualidad es la que tiene su razón de ser en el incumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 335.1.2º LC). El mero incumplimiento de estas obligaciones no puede determinar sin más la apreciación de la prohibición, sino que deberá examinarse el caso.¹⁶⁰ Si el incumplimiento de la obligación de depósito obedece a que no estaban aprobadas las cuentas, bien por falta de acuerdo de la junta, bien por no haberse sometido a su deliberación, no debe reputarse incumplida la obligación, pues en defecto de aprobación no ha nacido el deber de depositarlas y no puede haber incumplimiento.¹⁶¹ Claro está que esta interpretación puede llevarnos a situaciones injustas, donde se beneficie al administrador negligente que no ha formulado cuentas ni sometido estas a su aprobación, y se perjudique a la sociedad que habiéndolo hecho, se retrasó en su depósito. Por este motivo, lo correcto será atender al caso concreto y analizar si debe ser aplicable dicha prohibición o no.

Como se ha dicho, las demás prohibiciones que se contemplaban en la redacción inicial del art. 105.1 LC han sido suprimidas por el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en la voluntad del legislador de agilizar la tramitación de los procedimientos concursales en un contexto de crisis económica.¹⁶² Así, anteriormente no se permitía presentar propuesta de Convenio anticipada al deudor que, además de las anteriores, incurriera en los siguientes supuestos: no figurar inscrito en el Registro mercantil, cuando su inscripción fuera obligatoria (art. 105.1.3 LC); haber estado sometido a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que se encuentra en tramitación

¹⁵⁹ ROJO, A., *El Convenio Anticipado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

¹⁶⁰ SJM Barcelona n.º 3, de 19 de diciembre de 2006 (EDJ 501556).

¹⁶¹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1056.

¹⁶² Vid. E. de M. del RD 3/2009, de 27 de marzo.

hubieran transcurrido tres años desde la conclusión de aquél (art. 105.1.4 LC); realizar determinados actos dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud del concurso (art. 105.1.5 LC; —v. gr., disposición de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades de uso, pago de obligaciones no vencidas y, en definitiva, otros actos que pudieran ser calificados como fraude de acreedores); y haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso o hubiese infringido, durante la tramitación del concurso, alguno de los deberes u obligaciones que impone la ley (art. 105.1.6 LC; —v. gr., incumplimiento del deber de colaboración, información, etc.).

3.4 Adhesiones

Volviendo a los requisitos necesarios para la presentación de la propuesta anticipada de Convenio, además de los anteriores, la Ley exige para su admisión a trámite que dicha propuesta vaya acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos, por norma general, superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 334 TRLC). El RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, redujo esta exigencia a la décima parte del mismo pasivo cuando la propuesta se presente con la solicitud de concurso voluntario; lo que actualmente se ve reflejado en el primer inciso del artículo 334 TRLC. En caso contrario, el Juez rechazará la admisión a trámite cuando no se reúna las adhesiones necesarias del pasivo (art. 334.2 TRLC, anterior art. 106.3 LC).

Precisamente, una de las características de la propuesta anticipada de Convenio es que se presenta parcialmente aceptada por una parte del pasivo, lo que no ocurre con en el caso de la tramitación ordinaria de Convenio. Las adhesiones serán puras y simples, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno (art. 354.2 TRLC, anterior art. 103.2 LC), con expresión de la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrán de realizarse mediante comparecencia ante el LAJ o mediante instrumento público (arts. 345.1 y 355 TRLC, anterior 103.3 LC).

No toda adhesión es válida para que la propuesta salga adelante. La Ley limita las adhesiones que puedan acompañar a una propuesta anticipada de Convenio a las de dos clases de acreedores: privilegiados y ordinarios¹⁶³.

En cuanto a la regulación original, no era necesario que el deudor en la propuesta de Convenio anticipado constataste la clase de los acreedores adheridos; era suficiente con que al presentarla manifestase que dichas adhesiones provenían de

¹⁶³ Lo anterior estaba regulado de forma expresa en el art. 106.1 de la LC, ahora se debe entender igualmente aplicable por cuanto, en todo caso y para cualquier tipo de propuesta, los acreedores subordinados carecen de derecho de adhesión y voto, conforme establece el actual art. 335 TRLC (anterior art. 122.1.1º de la LC).

acreedores ordinarios o privilegiados.¹⁶⁴ El Juez verificará el cumplimiento de esta exigencia en atención al contenido de las adhesiones de los acreedores. Ahora bien, los acreedores privilegiados que se adhieran a la propuesta deben verse afectados por el contenido de la misma. En caso contrario, no tiene sentido que se admita una propuesta anticipada de Convenio cuyos acreedores adheridos no se ven afectados por su contenido. Así, cuando en una propuesta se opte por una quita y/o espera que solo afecte a los acreedores ordinarios, no podrán los acreedores privilegiados adherirse.¹⁶⁵ Es indiferente el número de acreedores que se adhieran a la propuesta; aun constatándose la adhesión de un solo acreedor, si este detenta la parte del pasivo exigida, se admitirá a trámite la propuesta anticipada.¹⁶⁶

Para constatar que las adhesiones alcanzan, al menos, una quinta parte del pasivo —o una décima parte, en su caso—, se tendrá en cuenta la documentación que el deudor debe acompañar a la solicitud del concurso voluntario, o, en su caso, a la que deba remitir en tras la notificación del auto de concurso necesario, debiendo figurar cada uno de los acreedores adheridos en dicha documentación. Esto quiere decir que el cómputo del pasivo a efectos del cálculo de las adhesiones necesarias se hace a partir de las deudas que el deudor reconoce. En la práctica es común que dicho reconocimiento inicial no coincida en su totalidad con el que plasme la Administración Concursal en los textos provisionales y definitivos.

Puede ocurrir, pues, que tras la confección de la lista de acreedores definitiva la Administración Concursal constate que la propuesta que se admitió a trámite no reunía los requisitos para ello (v. gr., adhesiones de acreedores subordinados, no superación del pasivo mínimo exigido, etc.). La Ley no aclara qué ocurre en estos casos, por lo que se plantea un problema de interpretación. La doctrina más autorizada considera aplicable una solución positiva, esto es, la privación de los efectos del Auto de admisión

¹⁶⁴ ROJO, A., «Comentarios art. 106», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 1.961.

¹⁶⁵ ROJO, A., «Comentarios art. 106», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 1.961.

¹⁶⁶ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1070-1071.

a trámite de la propuesta anticipada, pese a la dificultad para encontrar una base legal para ello. Aun así, se comparte tal solución como la más adecuada, pues de lo contrario se estaría incentivando la presentación de documentación falsa o inexacta con el objeto de alcanzar las adhesiones.¹⁶⁷

En cualquier caso, el art. 358.2º TRLC (anterior art. 108.2 LC) permite que el acreedor que vio modificado en la redacción definitiva de la lista de acreedores la clase o cuantía de su crédito pueda revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista.

¹⁶⁷ ROJO, A., «Comentarios art. 104», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 1.963-1.964. Al respecto, el autor señala que *«No puede ser indiferente que, cuando en el propio procedimiento concursal se constate que el pasivo inicialmente adherido no alcanzaba el porcentaje exigido por la Ley, esta constatación carezca de efectos»*.

3.5. Tramitación

3.5.1. Presentación

De una lectura conjunta de los arts. 333 y 343.1 TRLC (anteriores arts. 104.1 y 106.2 LC) se desprende que son tres los momentos en que puede presentarse una propuesta anticipada de Convenio. El primero, en el momento de la solicitud de declaración de concurso voluntario, acompañándose a la misma la formulación de la propuesta anticipada. El segundo, una vez presentada dicha solicitud de concurso voluntario y hasta que se produzca la declaración judicial de concurso. No obstante, debe señalarse que la formulación de una propuesta anticipada en los dos momentos anteriores puede tener efectos perjudiciales para el deudor. Téngase en cuenta que antes de formular una propuesta, el deudor deberá haber comunicado a sus acreedores su situación de insolvencia a efectos de alcanzar las adhesiones necesarias para su admisión a trámite. Y poner a disposición de todos o varios acreedores esta información puede tener consecuencias perjudiciales para el deudor como, por ejemplo, el inicio de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, antes de que se produzca la declaración de concurso.¹⁶⁸ Recordemos que la prohibición de iniciar ejecuciones singulares opera desde el momento de la declaración de concurso, no antes, con su solicitud.

También puede ocurrir que la declaración de concurso la inste un acreedor. En tal caso, si el deudor pretende oponerse a dicha declaración por entender que no concurren los requisitos previstos por ley para declarar su concurso, no podría formular propuesta anticipada de Convenio, pues carecería de sentido. Lo mismo ocurre cuando comparezca para interponer la declinatoria. En cambio, sí podrá formular propuesta anticipada desde la declaración de concurso necesario, no siendo necesario en ningún caso que la Sentencia de declaración sea firme. En cualquier caso, para resolver mediante Auto sobre su admisión a trámite (art. 343.1 TRLC) es necesario que cuente con el inventario y la relación de acreedores del deudor, pues de lo contrario no podrá verificar la concurrencia de las adhesiones exigidas por ley. Por ello, cuando la

¹⁶⁸ ROJO, A., «Comentarios art. 104», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 1.937.

formulación de la propuesta sea anterior a la remisión de dicha documentación, deberá rechazarse su admisión a trámite (art. 344.2 TRLC, anterior 106.3 LC)¹⁶⁹.

Hasta aquí los momentos en los que se abre la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de Convenio. En cuanto al término final, el art. 333 TRLC es bastante explícito: hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. En otras palabras, el deudor tiene la posibilidad de formular propuesta hasta transcurrido un mes desde el día siguiente a la publicación en el BOE del Auto de declaración de concurso. En ningún caso debe entenderse que la admisión a trámite de la propuesta debe materializarse antes de dicho término, sino simplemente la formulación. Aun así, recordemos que los acreedores pueden adherirse a la propuesta anticipada desde el momento de su admisión a trámite y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 359.2 TRLC, anterior art. 108.1 LC), por lo que lo aconsejable es formular la propuesta una vez se han conseguido las adhesiones de una quinta parte del pasivo a efectos de no retrasar dicha admisión y reducir el plazo de adhesiones, o, en su caso, la décima parte requerida cuando se formule junto con la solicitud de concurso voluntario.

¹⁶⁹ En el artículo 106.2 LC, además se incluía un tercer supuesto de rechazo de la admisión de una propuesta anticipada de Convenio cuando el juzgado apreciara una infracción legal del contenido de la propuesta, lo que realmente, ya se regula de forma unitaria para todo tipo de propuestas en el artículo 342.1 TRLC.

3.5.2. Admisión a trámite.

Una vez presentada la propuesta de Convenio anticipado con las adhesiones necesarias, el Juez resolverá sobre su admisión en el mismo Auto de declaración de concurso o, si esta se produce con posterioridad a la declaración judicial del concurso, resolverá mediante Auto, que dictará dentro de los tres días siguientes al de la presentación (art. 343.1 TRLC). Contra el pronunciamiento judicial que resolviere sobre la admisión a trámite de una propuesta anticipada de Convenio no se dará recurso alguno (art. 354.1 TRLC, anterior art. 106.4 LC).

La propuesta de Convenio, una vez admitida a trámite, no puede ser modificada ni revocada de conformidad con el art. 346 TRLC (anterior art. 114.2 LC), lo que es aplicable tanto a la propuesta anticipada de Convenio como a la ordinaria.

No obstante, en este apartado el TRLC introduce una importante aclaración en comparación con el antiguo artículo 114.2 LC. En efecto, se introduce una evidente excepción: el concursado podrá dejarlas sin efecto en cualquier momento mediante la solicitud de la liquidación de la masa activa. Debe entenderse acertada esta inclusión dado que en muchas ocasiones no parece tener sentido el no permitir al concursado desviarse del Convenio y pedir la apertura de la fase de liquidación.

3.5.3. Evaluación por la Administración Concursal

Admitida a trámite la propuesta anticipada de Convenio, el LAJ dará traslado de ella a la Administración Concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación (art. 347.1 TRLC, anterior art. 107.1 LC)¹⁷⁰. Como es sabido, la Administración Concursal es la encargada de evaluar siempre las propuestas de Convenio admitidas a trámite, ya sea en el seno de una tramitación ordinaria o anticipada. En la tramitación ordinaria su informe tiene la única función de informar a los acreedores y orientarles en el momento de aceptar o no la propuesta. En cambio, en la tramitación anticipada dicho informe tiene una utilidad mayor. En efecto, además de una función informadora para los acreedores, la Administración Concursal orienta al Juez del concurso, hasta el punto de que cuando la evaluación sea desfavorable o contuviera reservas, este podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada (art. 350.1 TRLC, anterior art. 107.2 LC). Al margen del control inicial sobre la concurrencia de los requisitos subjetivos del deudor que hace el Juez cuando se formula propuesta anticipada, puede hablarse de un «segundo control» respecto al contenido de la propuesta que se hace con la inestimable ayuda de la Administración Concursal, que le facilita el asesoramiento técnico.¹⁷¹ Este necesario «control de seriedad» hace que el informe de la Administración Concursal tenga carácter preceptivo aun cuando cuente con la adhesión de la totalidad de los acreedores.¹⁷²

El informe de la Administración Concursal debe valorar el contenido de la propuesta de Convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen (art. 348.1 TRLC, anterior art. 107.2 LC). Esto significa que, fundamentalmente, la evaluación debe centrarse en las posibilidades de cumplimiento del Convenio propuesto a la vista de dichos documentos: si el plan de pagos y, en su

¹⁷⁰ Cabe destacar que en el nuevo texto refundido se regula de forma coordinada la evaluación de cualquier tipo de propuesta de Convenio.

¹⁷¹ ROJO, A., «Comentarios art. 107», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 1.970.

¹⁷² El AJM Oviedo n.º 1, de 1 de diciembre de 2005 (JUR 2007, 368582), dice que «se trata de un control de seriedad frente al control de legalidad que revisó su inicial admisión a trámite».

caso, el plan de viabilidad, son asumibles, pueden cumplirse y resultan razonables, o, en su caso, adolecen de algún defecto que justifica formular reservas; la correlación entre los ingresos previstos y el plan de pagos propuesto; las posibilidades y suficiencia de los ingresos generados por la venta de activos no afectos; o, en definitiva, la idoneidad de la modalidad de financiación.¹⁷³ La Administración Concursal no tiene que evaluar la legalidad de la propuesta de Convenio, que incumbe al Juez en el momento de admitir la propuesta. No obstante, entendemos que nada impide que pueda dedicar parte del informe a evaluar el control de la legalidad y, en su caso, fundamentar por qué no debería haber sido admitida a trámite.

La evaluación de la propuesta anticipada realizada antes de la presentación del informe de la Administración Concursal se unirá a éste y, si es favorable, se continuará con la tramitación sin necesidad de pronunciamiento alguno. Cuando sea desfavorable o contuviera reservas, el Juez, mediante Auto, deberá decidir si deja sin efecto la admisión a trámite de la propuesta o continúa con su tramitación. El Juez goza de plena discreción para resolver sobre esta cuestión, pudiendo echar para atrás la propuesta anticipada por razón de su contenido (art. 392.1 TRLC, anterior art. 131.1 LC) y sin necesidad de relegar tal decisión al momento de la aprobación del Convenio a efectos de «anticipar la frustración del proceso sin esperar a una tramitación inútil y que se sabe de antemano baldía».¹⁷⁴ No obstante, también se ha dicho que «el tribunal no debe actuar de modo inquisitivo, interponiéndose sin un fundamento sólido entre la PAC y la oportunidad de evaluación de los acreedores, pues supondría tanto como anticipar un fracaso en la aprobación de la PAC sin audiencia de los principales interesados. Sólo si las premisas de los planes presentados son patentemente erróneas o las previsiones aparecen claramente irrazonables (no meramente inciertas) estará justificado archivar la tramitación de la PAC y privar de la decisión última a los acreedores».¹⁷⁵ En cualquier caso, reiteramos que es exclusivamente en la tramitación anticipada donde la

¹⁷³ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1080.

¹⁷⁴ AJM Oviedo n.º 1, de 1 de diciembre de 2005 (JUR 2007, 368582).

¹⁷⁵ AJM Las Palmas n.º 1, de 15 de octubre de 2010.

Administración Concursal puede impedir la prosecución de la tramitación de la propuesta con un informe desfavorable, lo que no ocurre en la tramitación ordinaria.¹⁷⁶

¹⁷⁶ SAP Cuenca, 20 de octubre de 2009 (EDJ 267179).

3.5.4. Adhesiones de los acreedores

Como se ha dicho, los acreedores pueden manifestar su adhesión tanto antes de la presentación de la propuesta anticipada (art. 334 TRLC, anterior 106.1 LC) como después de su admisión (art. 359 TRLC, anterior 108.1 LC). En cualquier caso, la adhesión debe ser pura y simple (art. 354.2 TRLC, anterior art. 103.2 LC), con expresión de la cuantía y clase de los créditos de los que se es titular (art. 345.1 TRLC, anterior art. 103.3 LC) y debe efectuarse mediante comparecencia ante el LAJ o mediante instrumento público (art. 334 y 355 TRLC, anterior art. 103.3 LC)¹⁷⁷.

Los acreedores que no se adhieran a la propuesta anticipada de Convenio en el momento de su formulación, pueden adherirse posteriormente a la misma desde su admisión a trámite hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 359 TRLC). Debemos tener en cuenta que en la tramitación anticipada de Convenio no se constituye la junta de acreedores, por lo que la única fórmula de que disponen los acreedores para manifestar su conformidad a la propuesta es acudir al mecanismo de la adhesión, que sería el equivalente a un voto favorable en la junta. En caso de que la propuesta no sea aprobada y el deudor decida mantenerla para su sometimiento ante la junta de acreedores, se computarán como adhesiones o como votos favorables los de los acreedores, ordinarios o privilegiados, adheridos a esa propuesta anticipada, salvo que asistan a la misma o conste su revocación a la adhesión (art. 337.2 TRLC, anterior art. 110.2 LC). En los demás casos, la adhesión no tendrá valor a efectos de una propuesta posterior.

La revocación de la adhesión se contempla en el art. 358 TRLC (anteriores arts. 108.2 y 110.2 LC). Aunque, en el caso de no tratarse de una propuesta anticipada de Convenio mantenida en la fase de Convenio propiamente dicha, limitada al caso que la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores. Así, cuando la cuantía o clase del crédito que el acreedor reflejó en su adhesión no coincidiese con la reconocida en la lista de

¹⁷⁷ En el nuevo Texto Refundido se especifica que en el caso de las adhesiones iniciales a la propuesta anticipadas de Convenio las mismas deberán ser prestadas en instrumento público, mientras que una vez admitida a trámite la misma, también se podrán realizar mediante comparecencia ante el LAJ.

acreedores definitiva, podrá revocarla dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la Secretaría del Juzgado. Si transcurre dicho plazo sin que se produzca la revocación, esta deviene firme e irrevocable. La revocación implica que los créditos del acreedor no podrán ser computados a efectos de la determinación de las mayorías necesarias para su aprobación. Sin embargo, aun cuando la adhesión del acreedor hubiera acompañado a la propuesta de Convenio anticipado y la revocación implicara que no se hubiera alcanzado el pasivo mínimo exigido, no se verá afectada su admisión a trámite.

Igualmente, debe entenderse que cuando no se aprobara la propuesta anticipada de Convenio y el deudor decidiese mantenerla para su deliberación y voto en la junta de acreedores, los acreedores adheridos pueden revocar su adhesión¹⁷⁸. A diferencia de la revocación prevista por el ordinal segundo del art. 358 TRLC, esta última se realiza dentro de la segunda fase. En cualquier caso, nada impide que el acreedor puede volver a adherirse a la propuesta de Convenio anticipada cuya adhesión resultó revocada previamente.

¹⁷⁸ Anteriormente, esa posibilidad se entendía posible dado lo establecido en el propio artículo 110.2 LC. Actualmente, el TRLC lo recoge de manera expresa como una de las tres causas de revocación de las adhesiones, en concreto en su primer ordinal del artículo 358 TRLC. Además, se establece que esta posibilidad operaría solo hasta el momento de constitución de la junta de acreedores o, en caso de tramitación escrita, antes de que finalice el plazo para las adhesiones.

3.5.5. Aprobación judicial

Para que una propuesta de Convenio anticipada se considere aceptada deben alcanzarse las mayorías previstas en el art. 376 TRLC (anterior art. 124.1 y 2 LC), que tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, varían en función del carácter gravoso o no gravoso que presente el Convenio, como ya se comentó anteriormente. En la tramitación anticipada, es necesario que el número de adhesiones de los acreedores haya alcanzado la mayoría exigida al término del plazo para adherirse.

La tarea de comprobar la concurrencia de esta mayoría legalmente exigida correspondía tradicionalmente al Juez, aunque con la reforma de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, tal facultad se atribuye al LAJ (art. 381 TRLC, anterior art. 109.1 LC). Esta labor, previa a la aprobación del Convenio, supone la comprobación de que los acreedores adheridos son titulares de créditos —siendo indiferente la clase desde la reforma del RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo—; que la adhesión se ha realizado en el tiempo y en la forma establecido por la ley, esto es, sin adición de modificación o condicionamiento alguno, con expresión de la cuantía del crédito y de su clase y en las formas admitidas (comparecencia ante el LAJ otorgamiento por escrito en instrumento público); y que no se han producido revocaciones que excluyeran al acreedor del cómputo final. Será pues, necesario, atender a la lista de acreedores definitiva que habrá confeccionado la Administración Concursal en aras a cotejar los datos suministrados por los acreedores. Igualmente, el Juez deberá comprobar que los acreedores privilegiados adheridos se ven afectados por el Convenio y que, en los casos en que el Convenio contemple un trato singular, se cumple con los requisitos de la doble mayoría.¹⁷⁹

Ahora bien, una novedad introducida por el nuevo Texto Refundido ha sido la de generalizar el trámite de la proclamación del resultado de las propuestas de Convenio, tanto anticipada como ordinaria. Según la anterior Ley Concursal el LAJ verificaba si las adhesiones alcanzaban la mayoría legalmente exigida, únicamente cuando se trataba de propuestas anticipadas, tal y como se regulaba en el anterior artículo 109.1 LC o en el caso de tramitaciones escritas de las propuestas de Convenio (anterior art. 115 bis.5

¹⁷⁹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.087-1.088; ROJO, A., «Comentarios art. 109», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 1.983-1.984.

LC). Dicha proclamación de resultado se lleva a cabo mediante Decreto, siendo un auténtico acto procesal, susceptible de recurso.

Así, y como acertadamente observa FUENTES BUJALANCE A., «*La conclusión, por tanto, no es otra que desde la entrada en vigor del TRLCon, el LAJ deberá en todo caso, sea cual sea el tipo de propuesta de Convenio y su trámite, dictar un decreto, recurrible en la forma descrita, donde deberá proclamar el resultado de las adhesiones y/o votos a favor de la o las propuestas de Convenio que se hayan presentado*».¹⁸⁰

Según reza el actual artículo 381 TRLC: «*Si la propuesta de Convenio hubiera obtenido la aceptación de los acreedores con las mayorías del pasivo concursal exigidas por la ley, el Letrado de la Administración de Justicia, en el mismo día de la proclamación del resultado o en el siguiente hábil, someterá el Convenio aceptado a la aprobación del juez.*»

De este modo, en el caso de propuestas anticipadas, el LAJ verificará el resultado y lo proclamará mediante Decreto que dictará dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de presentación de adhesiones (art. 379.2 TRLC).

En consonancia con la reforma de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, el resultado ya no se proclama por el Juez mediante Providencia, sino por el LAJ mediante Decreto. Cuando exista un trato singular, será necesario, además de la mayoría correspondiente, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. En consecuencia, es posible que una propuesta que atribuya un trato singular a determinados acreedores alcance la primera mayoría, pero no la segunda, en cuyo caso no podría ser aprobada. La adhesión de aquellos acreedores que ostenten créditos con un trato favorable y créditos sin dicho trato se entenderá efectuada por ambas clases de créditos sin necesidad de una manifestación expresa en este sentido.

Cuando se alcancen las mayorías legalmente exigidas y una vez proclamado el resultado por el LAJ, se abre un plazo de diez días en el que cualquier legitimado puede

¹⁸⁰ FUENTES BUJALANCE, A., «Comentarios Artículo 381», en ob. cit., Tomo III, Cit., p. 25.

formular oposición a la aprobación judicial del Convenio (art. 385 TRLC, anterior art. 128.1 LC). Dentro de los cinco siguientes al del vencimiento del plazo para oponerse a la aprobación, sin que se hubiera formulado oposición, o dentro del plazo de diez días una vez tramitado el incidente (si se hubiera formulado), el Juez dictará Sentencia aprobando o rechazando el Convenio (art. 389 TRLC¹⁸¹, anterior art. 109.2 LC).

Si algún legitimado hubiera formulado oposición a la aprobación del Convenio, dicha impugnación se tramitará por los cauces del incidente concursal y se resolverá mediante Sentencia, que aprobará o rechazará el Convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo (arts. 386 TRLC, 388 y 389 TRLC, anterior art. 129.1 LC).

La Ley Concursal establecía que, si la Sentencia fuera aprobatoria de la propuesta anticipada de Convenio, el Juez acordaría en dicha resolución el final de la fase común y declarararía aprobado el Convenio, sin apertura de la segunda fase (anterior art. 109.2 LC). Ahora, en el nuevo TRLC no se encuentra ninguna referencia a la finalización de la fase común y a la no apertura de la segunda fase, dado que, como hemos dicho, la aprobación judicial del Convenio se regula de forma única para todo tipo de Convenio y, evidentemente, esta regulación parece más centrada en la propuesta ordinaria, olvidándose de las especialidades de la propuesta anticipada.

No obstante lo anterior, debemos mantener que incluso ahora, la Sentencia aprobatoria de una propuesta anticipada de Convenio debe suponer la finalización de la fase común, sin que ello suponga la apertura de una segunda fase (obviamente no de liquidación), pero tampoco de Convenio, dado que la tramitación de la propuesta anticipada de Convenio sigue configurándose en el seno de la propia fase común del concurso y dado que los efectos de la aprobación de una propuesta anticipada de Convenio son los mismos que los de la aprobación de una propuesta ordinaria (en dicho sentido, cesan los efectos de la declaración de concurso, siendo sustituidos por los que se establezcan en el propio Convenio y cesan en su cargo los miembros de la

¹⁸¹ Hemos de señalar que parece existir una errata en el último enunciado del artículo 389 del TRLC, pues hace alusión a “Auto” y no a “Sentencia”, cuando todos los demás artículos (390, 391 y el resto del mismo 389) siempre se refieren a la Sentencia de aprobación del Convenio. De otro lado, resulta destacable, como novedad introducida por el propio TRLC, la de la obligación de incluir íntegramente el Convenio aprobado en la resolución estimatoria.

Administración Concursal)¹⁸². En su caso, como veríamos, se abriría o no la sección de calificación.

Si la Sentencia no aprobara la propuesta, el concursado podrá presentar una nueva propuesta de Convenio (art. 336.1 TRLC).

La no aprobación del Convenio anticipado puede desembocar en tres escenarios distintos cuya elección corresponde al deudor. En primer lugar, el deudor puede optar por mantener la propuesta de Convenio para su sometimiento a la junta de acreedores, siempre y cuando el motivo de la no aprobación de la propuesta anticipada sea la no obtención de la mayoría del pasivo concursal necesaria para su aprobación (art. 336.2). En segundo lugar, puede optar por su conversión en propuesta ordinaria para su ulterior presentación en la fase de Convenio, una vez concluida la fase común. Y, finalmente, el deudor puede optar por promover la liquidación, en cualquier momento, en los términos previstos en el art. 406 TRLC, lo que significa que de no aprobarse la propuesta anticipada de Convenio podría solicitar la liquidación una vez concluida la fase común.

¹⁸² Además, esto mismo debemos extraer del primer inciso del artículo 360 TRLC, el cual establece que el auto que ponga fin a la fase común ordenará la convocatoria de la junta de acreedores, “*salvo que se hubiera aprobado Convenio anticipado*”.

4. La propuesta ordinaria de Convenio. La fase de Convenio

Como se viene diciendo, el Convenio de acreedores en el concurso puede tramitarse de forma anticipada u ordinaria. La tramitación anticipada discurre de forma simultánea a la fase común, donde el deudor intenta alcanzar el número de adhesiones necesarias para aprobar su propuesta. Esta puede terminar con la aprobación de un Convenio sin la necesidad de la apertura de la fase de Convenio, o bien, con la apertura de la fase subsiguiente, esto es, la fase de Convenio o la fase de liquidación. Cuando el deudor no solicite la apertura de la liquidación, en la fase de Convenio se intentará de nuevo la tramitación de una propuesta de Convenio, pero con ciertas especialidades, que puede ser la misma que el deudor presentó como anticipado o una diferente. En todo caso, el régimen en la fase de Convenio no es uniforme, pues existen algunas especialidades aplicables a la propuesta anticipada de Convenio formulada durante la fase común y que el deudor decidió mantener.

4.1. Apertura y efectos de la fase de Convenio

Para que pueda tramitarse una propuesta de Convenio por la vía ordinaria es necesario que, previamente, se haya dictado Auto de finalización de la fase común y de apertura de la fase de Convenio. Dicho Auto solo podrá dictarse cuando no se encontrase en tramitación la fase de liquidación o el concursado no hubiera solicitado la apertura de esa fase (art. 306 TRLC).

Como apunta VEGA VEGA, J.A., al analizar el contenido de los artículos 306 y 307 del TRLC (los cuales se integran en una sección dedicada a la finalización de la fase común), debemos tener presente que *«con la refundición legislativa se ha intentado concretar unos preceptos que sirvan para reforzar eficazmente la idea de la unidad de sistema (...). De este modo, se prevé que el concurso pueda desarrollarse, según los casos, en una única fase (la común), en dos (la común y, alternativamente, la de Convenio o liquidación) o en tres (común, de Convenio [y] de liquidación). Y esto es lo que, en la sección segunda que comentamos, se intenta poner de relieve»*¹⁸³.

Ya dijimos que el deudor puede decidir mantener la propuesta de Convenio que tramitó de forma anticipada (art. 336 TRLC). Pese al silencio del precepto, en este supuesto el Juez habrá debido dictar igualmente Auto de conclusión de la fase común y de apertura de la fase de Convenio. Esto es así porque la propuesta anticipada que se mantiene deberá ser objeto de adhesión de los acreedores y de voto en la junta durante la fase de Convenio, sin perjuicio de algunas particularidades aplicables. En el supuesto de que dicha propuesta anticipada se hubiera aprobado en fase común no habría necesidad de iniciar la fase de Convenio; sin embargo, en tanto que no se reunieron las adhesiones necesarias, su tramitación se podría prolongar en la fase de Convenio. En este último caso, en el mismo Auto de apertura de la fase de Convenio, el Juez, sin necesidad de nueva resolución sobre dicha propuesta ni evaluación de la Administración Concursal, dictará Auto convocando la Junta de acreedores (art. 360.4 TRLC, anterior art. 111.2.IV LC), precisamente porque ya se admitió a trámite en su momento y ya fue objeto de evaluación.

¹⁸³ VEGA VEGA, J.A., «Comentarios Artículo 306», en Ob, Cit., Tomo II, pp.780-781.

En cualquier caso, el Auto deberá dictarse dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, a la fecha en que se pongan de manifiesto en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos (art. 306 TRLC, anterior art. 111.1 LC). En el mismo se ordenará la convocatoria de la Junta de acreedores, fijando el lugar, la hora y el día de la reunión, con los requisitos de publicidad establecidos en el art. 360 TRLC (anterior, art. 111.2 LC).

En cuanto al plazo de celebración de la Junta de acreedores, se prevén dos distintos, ambos contados desde la fecha del Auto. Uno, de dos meses, en los siguientes casos:

a) mantenimiento de la propuesta anticipada;

b) no habiéndose presentado por el concursado propuesta anticipada, presentación de propuesta de Convenio una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, o hasta la fecha en que se pongan de manifiesto los textos definitivos si se hubieran presentado impugnaciones (art. 361.1 TRLC en relación con el art. 337 TRLC, anteriores arts. 111.2.III y 113.1 LC).

El segundo plazo, de tres meses, en los casos restantes (art. 361.2 TRLC, anterior art. 111.2.III, *in fine* LC) (v. gr., cuando sea el acreedor quien presenta un Convenio o se trate de una presentación posterior de la propuesta de Convenio, conforme con los arts. 338 y 339 del TRLC)¹⁸⁴.

Ha de señalarse que el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, introdujo un nuevo segundo párrafo en el artículo 111.2 LC que preveía la tramitación escrita del Convenio cuando el número de acreedores exceda de trescientos. Dicha previsión se mantiene en el actual artículo 374 TRLC. En tal caso, el Auto de apertura de la fase de Convenio fijará la fecha límite para presentar las adhesiones o para formular oposición a las

¹⁸⁴ Además, debe tenerse presente que en los casos de procedimientos abreviados, admitida a trámite por el juez la propuesta de Convenio, el LAJ señalará fecha para la celebración de la junta de acreedores dentro de los treinta días siguientes.

distintas propuestas de Convenio que se hubieran presentado, que será de dos meses contados desde la fecha del Auto (art. 375 TLRC).

En cuanto los efectos de dicho Auto, el art. 306 TRLC (anterior art. 112 LC) dispone que desde la apertura de la fase de Convenio y durante su tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas sobre efectos de la declaración del concurso para la fase común.

4.2. Presentación y tramitación de la propuesta de Convenio

Al margen de la posibilidad que se concede al deudor de formular propuesta anticipada de Convenio, dos son los momentos en que los legitimados pueden presentar una propuesta de Convenio ordinaria:

a) durante la fase común, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o, en su caso, hasta la presentación de los textos definitivos; y

b) finalizada la fase común e iniciada la fase de Convenio, en concreto, desde la convocatoria de la Junta hasta 40 días antes de la fecha señalada para su celebración o, en caso de tramitación escrita, hasta un mes anterior al plazo previsto para la presentación de adhesiones (arts. 337 a 339 TRLC, anterior art. 113 LC y 115 bis.2 LC)¹⁸⁵¹⁸⁶.

En las presentaciones de propuestas ordinarias en fase común, el término inicial para la presentación de propuestas ordinarias resulta coincidente con el término final para la presentación de una propuesta anticipada.

¹⁸⁵ El nuevo TRLC regula ahora en sus artículos 337 a 339, ambos inclusive, los distintos supuestos en los que se puede presentar una propuesta ordinaria de Convenio por parte del concursado y de determinados acreedores, distinguiendo un momento inicial de uno posterior y viniendo a sustituir el anterior art. 113 de la LC. Se cuenta ahora con una regulación más ordenada de la legitimación y plazos de la presentación de las propuestas ordinarias de Convenio. Como señala BLANCO SARALEGUI J.M., *«El texto introduce mejoras de redacción, pero no modificaciones de calado, puede decirse, por tanto, que en la materia ahora analizada el legislador se ha limitado a realizar una labor de pura refundición normativa»*. (BLANCO SARALEGUI, J.M., «Comentarios Artículo 337», en Ob. Cit., Tomo II p. 960.).

¹⁸⁶ De todas formas, debemos tener en cuenta que, en el caso de los concursos abreviados, el plazo para la presentación ordinaria de las propuestas de Convenio finalizará, en todo caso, cinco días después de la publicación del informe de la Administración Concursal (art. 527.1 TRLC).

En cuanto a la legitimación, se reconoce al concursado, así como a los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total del pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores¹⁸⁷¹⁸⁸.

¹⁸⁷ «El art. 113.1 LCon contenía lo que la doctrina había denominado dos presupuestos negativos, en referencia a dos supuestos objetivos en los que se privaba al concursado de la posibilidad de presentar propuesta ordinaria de Convenio: hablaba la norma del concursado “que no hubiere presentado propuesta anticipada de Convenio ni tuviere solicitada la liquidación”. Ninguna de esas referencias se incluye en el art. 337 TRLCon, pero no porque ya no se consideren aplicables, sino porque realmente no son necesarias y su presencia podría inducir a cierta confusión. Si el deudor ha presentado una propuesta anticipada de Convenio y esta ha sido admitida a trámite, es de sentido común que durante la sustanciación de aquella no podrá, además, presentar una propuesta ordinaria de Convenio. Pedro podría suceder que hubiera presentado una propuesta anticipada y esta, por cualquier razón (...) no hubiese sido admitida a trámite. También podría suceder que, como consecuencia de un informe de la administración desfavorable o con reservas, la admisión a trámite hubiera sido dejada sin efecto. En tales situaciones, nada debería impedir que el concursado, dentro de los plazos marcados por la ley, pudiera presentar una propuesta ordinaria de Convenio. Por otro lado, (...) [también se] podría suscitar la cuestión (...) de si el concursado que tiene solicitada la liquidación, sin que esta haya sido todavía acordada, podría o no formular propuesta de Convenio. La respuesta parece positiva. Precisamente (...) se había discutido si la referencia examinada implicaba que el concursado, por el solo hecho de tener solicitada la liquidación, no podía también presentar propuesta de Convenio si simultáneamente a la presentación de la propuesta desistía o se apartaba de la petición de liquidación. La referencia incluida en el art. 113.1 LCon constituía una barrera u obstáculo a esa posibilidad, que la doctrina había sorteado con diferentes argumentos, para acabar manteniendo que, no obstante esa referencia, aun teniendo solicitada la liquidación el concursado podía presentar una propuesta de Convenio si desistía o se apartaba de esa solicitud». (BLANCO SARALEGUI, J.M., «Comentarios Artículo 337», en Ob. Cit., Tomo II p.p.960-961.).

¹⁸⁸ Según el art. 580 TRLC, existe un supuesto de legitimación adicional para presentar propuesta de Convenio en casos de concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las administraciones públicas. En estos casos, además de los legitimados con carácter general para presentar propuesta de Convenio, podrán presentarla las administraciones públicas, incluidos los organismos, entidades y sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de ellas, aunque no sean acreedores, en las mismas condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la ley.

Para que se reconozca legitimación a los acreedores, además de la necesidad de que los créditos que titulen representen, como mínimo, una quinta parte del pasivo total es necesario que sean titulares de créditos reconocidos en la lista definitiva de acreedores, de ahí que el término final sea éste, cuando haya habido impugnaciones, o bien, la lista provisional que deviene definitiva en caso de transcurrir el plazo sin que haya habido impugnaciones. También es necesario que los acreedores tengan derecho de voto y que el contenido les afecte, en el caso de los acreedores privilegiados. En todo caso, es necesario que no se haya abierto la fase de liquidación. Igualmente, que se esté tramitando una propuesta anticipada de Convenio no afecta a la legitimación de los acreedores, que podrán presentar sus propuestas sin necesidad de la conformidad del deudor y de las propuestas que otros acreedores hayan podido presentar.

La presentación de propuestas ordinarias también puede hacerse una vez finalizada la fase común y abierta la de Convenio. No obstante, este segundo período de presentación tiene un carácter subsidiario y está condicionado a que no hubiera sido presentada ninguna propuesta en fase común (art. 339 TRLC, anterior art. 113.2 LC). El término inicial vendrá marcado por el Auto de conclusión de la fase común y apertura de la de Convenio que convoque la constitución de la Junta de acreedores. En cuanto al término final, las propuestas se podrán presentar hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta o, en caso de tramitación escrita, hasta un mes anterior al plazo previsto para la presentación de adhesiones.

No es pacífica la cuestión sobre el carácter civil o procesal de dicho plazo.¹⁸⁹

¹⁸⁹ El AJM Bilbao n.º 1, de 4 de mayo de 2007 (JUR 2007, 368560) entiende los plazos de la Ley Concursal como un plazo procesal al considerar el procedimiento concursal como un auténtico proceso «en el que cabe oposición si el afectado no está conforme, y en el que se dilucida el modo en que se convendrá con los acreedores superar la situación de insolvencia o liquidará el patrimonio». En sentido contrario puede citarse el AAP Tarragona, Sección 1ª, de 10 de mayo de 2012 (EDJ 130368), que considera que estamos ante un plazo civil pues los cuarenta días no tienen su exégesis en una actuación puramente procesal alguna.

La legitimación se reconoce tanto al deudor como a los acreedores, con los mismos requisitos que la presentación de la propuesta de Convenio ordinaria en fase común.

La propuesta de Convenio ordinaria está sometida a un «control de legalidad» correspondiendo al Juez del concurso verificar que se cumplan las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la Ley (art. 342.1 TRLC, anterior art. 114.1 LC).

El control de legalidad supone verificar que la propuesta ha sido presentada dentro de los plazos anteriormente señalados y que los proponentes ostentan legitimación. En cuanto a su forma, debe estar firmada por el deudor o, en su caso, por los acreedores, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. El control sobre el contenido implica verificar, someramente, si sus términos son conformes con contenido establecido en la Ley (quitas y/o esperas, proposiciones alternativas, si se ha dado audiencia a los representantes de los trabajadores, etc.), así como si se acompañan los documentos que la Ley exige, como el plan de pagos o el plan de viabilidad. En todo caso, este control se limita a la comprobación de los requisitos formales, correspondiendo la evaluación de su contenido a la Administración Concursal (art. 3471.1 TRLC, anterior art. 115 LC) y a los acreedores en la Junta. Si el concursado hubiera solicitado la liquidación (sin haber desistido de ella), no procederá la admisión a trámite de la propuesta o propuestas que se hubieran presentado (art. 342.3 TRLC).

Una vez el Juez ha efectuado el control de legalidad sobre la propuesta presentada, dentro de los cinco días siguientes a su presentación, resolverá mediante Auto sobre la admisión a trámite (art. 343.2 TRLC, anterior art. 114.1 TRLC). Si cumple con los requisitos, dicho Auto la admitirá a trámite; en caso contrario, requerirá al proponente para que, en los tres días siguientes a la notificación, pueda subsanarlo (art. 344.1 TRLC, anterior art. 114.1 LC).

La admisión a trámite tiene como efecto que la propuesta, una vez admitida, no podrá revocarse ni modificarse, pero el concursado podrá dejarla sin efecto en cualquier momento mediante la solicitud de la liquidación de la masa activa (art. 346 TRLC,

anterior art. 114.2 LC)¹⁹⁰. Asimismo, cuando su presentación se efectúe entre el plazo de comunicación de créditos y la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o, en caso de impugnaciones, hasta la fecha que se presente los textos definitivos, se producirá la preclusión para la presentación de nuevas propuestas de Convenio, pues no concurriría el supuesto de hecho previsto en el art. 339 TRLC.

En el caso de que dentro de los plazos legales indicados no se presentase ninguna propuesta de Convenio, o, en su caso, cuando no se hubieran admitido las presentadas, el Juez, de oficio, acordará la apertura de la fase de liquidación (art. 340 y 409.1.1º TRLC, anterior art. 114.3 LC). Como puede observarse, la no presentación de propuestas solo aboca a la concursada a la liquidación una vez ya se ha abierto la fase de Convenio, no antes de la conclusión de la fase común.

Cuando la propuesta se presente en los plazos señalados, se dará traslado de la misma a la Administración Concursal para que en el plazo de diez días emita un dictamen o informe de evaluación sobre su contenido (art. 347.1 TRLC, anterior 115.1 LC). Sobre esta evaluación por parte de Administración Concursal ya hemos hablado en sede de propuesta anticipada de Convenio, consideraciones a las cuales, en aras a evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos. La diferencia radica en que la evaluación que lleva a cabo la Administración Concursal en la tramitación ordinaria tiene la única función de informar a los acreedores y facilitar el desarrollo de la Junta, mientras que, en la tramitación anticipada, además, tiene también una función orientadora para el Juez, quien, en su caso, puede dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada. El informe de la Administración Concursal velará por el cumplimiento de los requisitos legales y servirá de filtro para las propuestas que no los cumplan. Evidentemente, como hemos visto, cuando se haya mantenido la propuesta anticipada, no se requerirá nuevamente ni su admisión a trámite ni dicho informe.

Una vez el informe de evaluación haya sido notificado o se ponga de manifiesto en la Secretaría del Juzgado y hasta el cierre de la lista de asistentes a la Junta de

¹⁹⁰ El nuevo Texto Refundido matiza y flexibiliza la irrevocabilidad de las propuestas ordinarias de Convenio. En efecto, aun manteniendo la expresa prohibición de revocar la propuesta, incluye una excepción: el concursado podrá dejarla sin efecto en cualquier momento mediante la solicitud de liquidación.

acreedores (o, en caso de tramitación escrita, hasta la fecha límite fijada por el juez en el auto que acuerde esa tramitación), se admitirán adhesiones de acreedores a la propuesta de Convenio con los requisitos y en la forma establecidos en la ley (art. 359 TRLC, anterior art. 115.3 LC y art. 115 bis.2, *in fine* LC); todo ello sin perjuicio de las adhesiones que ya puedan acompañar a la propuesta de Convenio. Por lo general, la adhesión tiene carácter irrevocable, pero no vinculará el sentido del voto de quienes las hubieran formulado y asistan a la Junta. Por tanto, puede darse el caso de que un acreedor adherido inicialmente deje sin efecto su adhesión acudiendo a la Junta, bien personalmente, bien representado, por el mero hecho de asistir y sin que se requiera intervención alguna, por lo que si desea prestar su conformidad deberá emitir expresamente un voto favorable.

4.2.1. Tramitación escrita

La tramitación escrita del Convenio fue una novedad introducida por el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, a causa del alto volumen de trabajo que estaban sufriendo los Juzgados de lo Mercantil debido a la crisis económica en la que estaba sumido nuestro país. El legislador optó por establecer una alternativa a la celebración de la Junta de acreedores en aquellos concursos en los que la concurrencia de la totalidad de los titulares de créditos podría dificultar su desarrollo debido a la masificación. En este sentido se pronunciaba la E. de M. del citado RD-Ley cuando señalaba que *«las modificaciones contenidas en el presente Decreto-ley pretenden (...) agilizar los trámites procesales, reducir los costes de tramitación (...). Es necesario subrayar que las medidas adoptadas, fundamentalmente en materia concursal, revisten una gran complejidad técnica, máxime cuando se trata de lograr su aplicación sin demora a múltiples procesos judiciales en curso, caracterizados por la presencia de partes procesales (...).»*

El único requisito que establece la ley para decretar la tramitación escrita del Convenio es que el número de acreedores exceda de trescientos (art. 374.1 TRLC, anterior. 111.2.II LC), lo que constituye una excepción a la regla general que la realidad judicial concursal ofrece, por lo que la decisión quedará, de forma ordinaria, a la discreción del Juez concursal y deberá adoptarse, en el mismo Auto de apertura de la fase de Convenio. La cuestión radica en evitar la masificación que podría ocasionarse con la concurrencia de la totalidad de los acreedores a la Junta de acreedores, por lo que es irrelevante el pasivo que puedan representar dichos acreedores.

El Auto que acuerde la tramitación escrita del Convenio —que será el de apertura de la fase de Convenio— debe señalar la fecha límite para que los acreedores puedan presentar sus adhesiones a la propuesta o formular su oposición. Este plazo será de dos meses contados desde la fecha del referido Auto (art. 375.1 TRLC, anterior art. 115 bis.1 LC). Este plazo se redujo con Ley 38/2011, de 10 de octubre, que originariamente lo establecía en noventa días.

Las propuestas de Convenio podrán presentarse hasta un mes antes al vencimiento de la fecha límite para la presentación de adhesiones u oposiciones y en los mismos términos que en la tramitación ordinaria (art. 375.2 TRLC, anterior art. 115 bis

2 LC). Esto es lógico si tenemos en cuenta que no va a celebrarse Junta de acreedores, por lo que tomar como límite los 40 días anteriores a la celebración de la Junta no tiene sentido.

En cuanto a la forma de las adhesiones es aplicable el régimen general. No obstante, al no celebrarse Junta y cerrarse la posibilidad de que los acreedores revoquen su adhesión inicial compareciendo en la misma, se permite que los acreedores que deseen revocarla hagan constar su revocación en autos antes de la fecha límite fijada en el Auto que hubiera acordado la tramitación escrita, esto es, antes del plazo de dos meses contados desde la fecha del Auto (art. 375 TRLC, 155 bis.3 LC)¹⁹¹.

Finalmente, una vez transcurridos diez días desde la finalización del plazo para presentar adhesiones, el LAJ verificará si la propuesta de Convenio presentada alcanzada la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante Decreto (art. 379.2 TRLC, art. 115 bis.5 LC); lo que, como sabemos, también sucede en los casos de tramitación de propuestas anticipadas, donde tampoco se celebra Junta de acreedores. En caso de obtenerse la mayoría, se procederá a la aprobación del Convenio salvo que se hubieran formulado oposiciones o este sea rechazado de oficio por el Juez.

Con respecto a todo lo anterior, debemos tener en cuenta que el actual artículo 375 TRLC, que regula el régimen de la tramitación escrita de las propuestas de Convenio, no incluye reglas que si tenía presente su precedente artículo 115 bis LC, por cuanto, ahora, se utiliza un sistema de remisiones a las reglas generales de la tramitación ordinaria.

¹⁹¹ No se hace ninguna referencia a los casos en los cuales es posible revocar la adhesión. No obstante, estando a las reglas generales, es evidente que deberá darse alguno de los previstos en el artículo 358 TRLC.

4.2.2. La Junta de acreedores

La Junta de acreedores se reunirá en el lugar, día y hora fijados en la convocatoria, sin perjuicio de que pueda acordarse la prórroga de las sesiones durante uno o más días hábiles consecutivos (arts. 366.1 y 377 del TRLC, anterior art. 116.1 LC). El lugar, el día y la hora de la convocatoria se plasman en el Auto de conclusión de la fase común y apertura de la fase de Convenio (art. 360.1 TRLC, anterior art. 111.2.I LC). Por lo general, la Junta será presidida por el Juez del Concurso, salvo que designe a un miembro de la Administración Concursal (art. 364 TRLC, anterior art. 116.2 LC). Esta designación debe ser excepcional, por lo que solo debiera operar cuando exista imposibilidad del Juez para acudir a la Junta.¹⁹² Como Secretario actuará quien sea el LAJ del Juzgado correspondiente (art. 364.2 TRLC, anterior 116.3 LC)¹⁹³, sin que sea posible su sustitución.

La válida constitución de la Junta requiere el cumplimiento de dos requisitos: ç

- a) su celebración en el día, la hora y el lugar fijados en el Auto que la convoque;
- y
- b) la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso.

Además, el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, en aras a favorecer la formación de una solución paccionada, añadió la posibilidad (que se mantiene) de que la Junta se entienda constituida también, en caso de no reunir los acreedores la titularidad de la mitad del pasivo ordinario, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados (art. 366.2 TRLC, anterior art. 116.4 LC).

A efectos del quórum de constitución se tendrán en cuenta los créditos concurrentes en el momento de la constitución de la junta, más los acreedores que se

¹⁹² ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.122.

¹⁹³ El actual Texto Refundido especifica que la asistencia del LAJ será, en todo caso, imprescindible.

hubieran adherido a cualquiera de las propuestas de Convenio y los firmantes de las mismas.

Tanto Administración Concursal como deudor tienen obligación de asistir a la Junta (art. 362 TRLC, anterior art. 117 LC). Respecto a la primera, su fundamento radica *«en la necesidad de satisfacer el derecho de información de los acreedores sobre el informe emitido por la Administración Concursal, sobre la actuación de esta última y sobre las propuestas de Convenio y los escritos de evaluación emitidos, así como sobre la situación patrimonial de la concursada. Información que se considera trascendente para que los acreedores puedan conformar su voluntad a la hora de emitir su voto en relación con las propuestas sometidas a deliberación»*.¹⁹⁴ El incumplimiento de este deber dará lugar a la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas (art. 362.2, anterior art. 117.1 LC). En cuanto al deudor, su presencia puede ser personal o bien acudir representado por apoderado con facultades para negociar y aceptar Convenios, pudiendo contar con asistencia técnica (art. 362.1 TRLC, anterior art. 117.2 LC). El fundamento de su deber tiene que ver con la necesidad de *«que los acreedores puedan aclarar con el concursado alguna cuestión oscura de la propuesta de Convenio presentada por el mismo o, en su caso, conocer su opinión sobre la propuesta de Convenio presentada por los acreedores»*.¹⁹⁵

El art. 362.3 TRLC (anterior art. 117.3 LC) dispone que la incomparecencia de los miembros de la Administración Concursal no determinará la suspensión de la Junta, salvo que el Juez así lo acordase. Tal incomparecencia no se da en la práctica, salvo falta de diligencia profesional en la Administración Concursal, con lo que el Juez no se verá en la tesitura de tener que celebrar la Junta sin la intervención de la Administración Concursal. Y en todo caso, si la Administración Concursal avisase con antelación, por escrito y publicidad o audiencia para todos los interesados en el procedimiento, de su imposibilidad de acudir a la Junta, el Juez del concurso, prudente y coherentemente, debería proceder a la suspensión de la misma con nuevo señalamiento para la fecha más próxima posible en atención a la disponibilidad de fechas en la agenda del Juzgado. Lo

¹⁹⁴ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.127.

¹⁹⁵ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 386.

contrario supondría una aventurada experiencia para el Juez del concurso y la innecesaria desasistencia de un órgano técnico fundamental como es la Administración Concursal, al objeto de controlar y complementar el control judicial acerca de los requisitos para la constitución, desarrollo y conclusión de la Junta.

Respecto de la inasistencia del deudor o, en su caso, de su representante, nada se dice en el TRLC sobre las consecuencias que se derivarían de la misma, lo que podría llevarnos a entender que su incomparecencia sí es causa de suspensión de la Junta. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la inasistencia del deudor no es óbice para que pueda debatirse y someter a votación las propuestas que hubieran presentado los acreedores, ni tampoco lo es su conformidad, este silencio legal debe interpretarse en el sentido que la inasistencia del concursado no tiene consecuencias en el desarrollo de la reunión.¹⁹⁶ Todo ello sin perjuicio del derecho del concursado de oponerse a la propuesta de Convenio que resulte aprobada por la junta (art. 382.2 TRLC, anterior art. 128.3 LC).

Este deber de asistencia de la Administración Concursal y deudor no se extiende a los acreedores, que están en su derecho de asistir, en ningún caso en su obligación. Este derecho se reconoce a los acreedores que consten incluidos en la lista de acreedores definitiva (art. 363.1 TRLC, anterior art. 118.1 LC), siendo indiferente la clase de acreedores que sean.¹⁹⁷ Igualmente, los acreedores con derecho de asistencia podrán hacerse representar en la Junta por medio de apoderado, sea o no acreedor, admitiéndose la representación de varios acreedores por una persona siempre que no sean apoderados del concursado o personas especialmente relacionadas con éste, aunque sean acreedores (art. 363.2.I TRLC, anterior art. 118.2.I LC). Dicho apoderamiento deberá conferirse mediante comparecencia personal ante el LAJ o mediante otorgamiento de escritura pública y se entenderá que las facultades representativas para asistir a la Junta comprenden las de intervenir en ella y votar cualquier clase de

¹⁹⁶ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 387.

¹⁹⁷ Podrán asistir los acreedores que detenten créditos contingentes, pues figuran en la lista, aunque sin cuantía. Sin embargo, los acreedores titulares de créditos contra la masa no podrán asistir, al no ser considerados créditos concursales (ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.131).

Convenio (art. 363.2 TRLC, anterior art. 118.2.III LC). Los Procuradores que representen a acreedores en el procedimiento concursal necesitarán estar expresamente facultados para asistir a la Junta (art. 363.2.II TRLC, anterior art. 118.2.II LC). En cuanto a las Administraciones públicas y organismos similares que sean acreedores, se considerarán representadas por quienes les puedan representar y defender en procedimientos judiciales de conformidad con la legislación que les sea aplicable (art. 363.4 TRLC, anterior art. 118.4 LC).

Como ya se expuso, los acreedores firmantes de una propuesta de Convenio, así como los adheridos en tiempo y forma a cualquiera de ellas, que no asistan a la Junta de acreedores, se tendrán por presentes a efectos del quórum de constitución (art. 366.3 TRLC, anterior 118.3 LC). No obstante, cualquier adherido podrá dejar sin efecto su adhesión con la simple asistencia a la Junta (art. 377.2 TRLC, anterior art. 110.2 LC).

En cuanto a la lista de asistentes, el art. 365.1 TRLC (anterior art. 119.1 LC) dispone que ésta se formará sobre la base del texto definitivo de la lista de acreedores, especificando en cada caso quienes asistan personalmente, quienes lo hagan por representante, con identificación del acto por el que se confirió la representación, y quienes se tengan por personados *ex lege*. Mediante este documento se determinará si concurre el quórum de constitución o no, determinando la válida constitución de la Junta o, en su caso, su suspensión y apertura de la liquidación.

En caso de que la Junta quede válidamente constituida, a todos los acreedores asistentes a la Junta o a sus representantes se les reconoce un derecho de información y con independencia de su derecho a votar, lo que les faculta para solicitar aclaraciones sobre el informe de la Administración Concursal y sobre la actuación de ésta, así como sobre las propuestas de Convenio y los escritos de evaluación emitidos (art. 368 TRLC, anterior art. 120 LC). En cualquier caso, no le corresponde a la Administración Concursal la interpretación del clausulado oscuro o ambiguo de cualquiera de las propuestas de Convenio, sino a sus autores, en la misma Junta, o bien, al Juez, tras su finalización (art. 388.1 TRLC, anterior art. 129.1 LC). Aunque la ley no establezca el momento temporal de ejercicio de este derecho, es lógico pensar que será tras la lectura de las propuestas de Convenio y antes de la votación.

Durante la dirección del desarrollo de la Junta, que incumbe al presidente, no podrán impugnarse por los acreedores sus decisiones, sin perjuicio de que puedan fundamentar una posible oposición a la aprobación judicial del Convenio (art. 367.1 TRLC, anterior art. 121.1 LC).¹⁹⁸

En cuanto al desarrollo de la Junta, la sesión comenzará con la exposición por el Secretario de la propuesta o propuestas admitidas a trámite que se someten a deliberación, indicando su procedencia y, en su caso, la cuantía y la clasificación de los créditos titulados por quienes las hubieran presentado (art. 367.2 TRLC, anterior art. 121.1 LC). Siempre se votará, en primer lugar, la propuesta presentada por el deudor. En el caso de que fuera rechazada, se continuará, sucesivamente, con las propuestas presentadas por los acreedores comenzando por aquellas cuya suma de los créditos de los firmantes sea mayor (art. 370.3 TRLC, anterior art. 121.2 LC). La normativa concursal concede al presidente un amplio margen de discreción en las deliberaciones, moderando las intervenciones y concediendo la palabra a los asistentes que la soliciten, pudiendo considerar suficientemente debatida una propuesta cuando se hayan producido alternativamente tres intervenciones en cada sentido (art. 369 TRLC, anterior art. 121.3 LC). Concluido el debate, el presidente someterá la propuesta a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho a voto. Los acreedores asistentes podrán emitir el voto en el sentido que estimen conveniente, aunque hubieran firmado la propuesta o se hubieran adherido a ella. Se computarán como votos favorables a la correspondiente propuesta de Convenio los acreedores firmantes y los de los adheridos que no asistiendo a la Junta hayan sido tenidos por presentes (art. 377.1 TRLC, anterior art. 121.4.II LC). Tras la aceptación de una propuesta, no procederá deliberar sobre las restantes (art. 370.4 TRLC, anterior art. 121.5 LC).

El desarrollo de la Junta está sujeto a un control de legalidad, pudiendo ser impugnado por cualquier legitimado (art.383.1.4º TRLC, anterior art. 128.1.III, último inciso LC). Por esta razón, a efectos de que quede constancia del desarrollo de su celebración, el LAJ deberá extender acta de la Junta de acreedores, en la que relatará de manera sucinta lo acaecido en la deliberación de cada propuesta y expresará el resultado de las votaciones, con indicación del sentido del voto de los acreedores que así lo

¹⁹⁸ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.143.

solicitar. Asimismo, los acreedores podrán solicitar que se una al acta el texto escrito de sus intervenciones cuando no figurase en autos (art. 372.1 TRLC, anterior art. 126.1 LC). El concursado, la Administración Concursal y cualquier acreedor tendrán derecho a obtener testimonio del acta, así como de la grabación en soporte audiovisual del acto (art. 372.2 y 3 TRLC, anterior art. 126.4 LC).

4.2.3. Régimen de voto

Antes de entrar en las mayorías necesarias para que se considere aceptada una propuesta de Convenio, debemos hacer una mención a los acreedores que tienen derecho de voto reconocido, sin perjuicio de haberlo expuesto en epígrafes anteriores.

Con carácter general los acreedores tienen derecho a votar a favor del Convenio propuesto. No obstante, se regulan una serie de supuestos en los que determinados acreedores carecen de voto. Tradicionalmente, el art. 122.1 LC privaba de voto a los acreedores subordinados y a los acreedores que hubieran adquirido su crédito por actos *inter vivos* después de la declaración del concurso, con las excepciones que veremos a continuación. Ahora bien, debe señalarse que cuando un acreedor sea titular de más de una clase de créditos, podrán ejercer el derecho de voto que les corresponda por dichos otros créditos (art. 353.2 TRLC, anterior 122.2 LC).

El RDL 11/2014, de 5 de septiembre, con el objeto de favorecer una solución convenida y la formación de la voluntad, ha modificado este precepto y reducido los supuestos en los que los acreedores no gozan de derecho de voto. En la actualidad, estos se limitan a los titulares de créditos subordinados y, en concreto, las personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos *inter vivos* después de la declaración de concurso (art. 352.1 TRLC, anterior art. 122.1 LC).

Los créditos subordinados tienen la característica de ser los últimos en ser cobrados, pues se encuentran relegados al último escalón preferencial. En esta clase se agrupan una serie heterogénea de créditos de distinta naturaleza. Su postergación es la que justifica la privación del derecho de voto, así como el de adhesión, pues como van a ser los últimos en cobrar, no pueden participar en la votación en aras a evitar cualquier tipo de «contaminación» en el voto.¹⁹⁹

Tradicionalmente, la privación del derecho de voto a los créditos adquiridos por actos *inter vivos* después de la declaración de concurso, ha residido en la tradicional idea de que quien adquiere un crédito tras la declaración de concurso lo hace con la

¹⁹⁹ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 395.

intención de controlar el concurso y, en particular, la Junta de acreedores.²⁰⁰ Como excepciones se establecían los supuestos en que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa. Ahora bien, la privación del derecho de voto, en el caso de los acreedores ordinarios derivativos, no modificaba el quórum necesario para la aprobación del Convenio, por lo que sus créditos entraban en el cómputo.²⁰¹ Además, como se desarrollará más adelante, el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, suprimió esta excepción, reconociendo el derecho a voto a todo acreedor que haya adquirido su crédito con posterioridad al concurso, salvo que el adquirente tenga la condición de persona relacionada con el deudor, pues en tal caso el crédito sería subordinado, o que el propio crédito transmitido haya sido ya un crédito subordinado.

Aunque no se contemple expresamente en la Ley, los créditos contingentes tampoco gozan de derecho de voto —ni de adhesión ni cobro—. Estos créditos tienen la característica de que su existencia y efectivo reconocimiento depende de un hecho futuro, por lo que hasta entonces tienen un régimen especial (v. gr., créditos condicionales, litigiosos); una vez se confirme el crédito, sus acreedores gozarán de plenos derechos.

Igualmente, se establece un régimen especial respecto el voto de los acreedores privilegiados. Para que un crédito privilegiado quede afectado por el Convenio, es necesario el voto del acreedor privilegiado a favor de la propuesta, de lo contrario, no se encontrará sometido a los efectos del Convenio que resulte aprobado (art. 397.1 del TRLC, anterior art. 123.1 LC). En cualquier caso, cuando un acreedor sea titular simultáneo de créditos privilegiados y ordinarios se presumirá emitido su voto en relación a estos últimos y solo afectará a los privilegios que se hubiera manifestado expresamente en el acto de votación (art. 356 TRLC, anterior art. 123.2 LC).

²⁰⁰ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 394.

²⁰¹ AAP Zaragoza, Sección 5ª, de 15 de julio de 2008 (JUR 2008, 362628).

4.2.4. Régimen de mayorías

Ya hemos hablado anteriormente de las mayorías necesarias para entender aceptado un Convenio por la Junta de acreedores, que varían en función de su «gravosidad».

Sin ánimo de reiterarnos, debemos recordar que tradicionalmente para que una propuesta de Convenio fuera aprobada por la Junta de acreedores, se requería el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Sin embargo, cuando la propuesta consistiese en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, era suficiente con que el voto a favor del pasivo ordinario fuera superior al del voto en contra. Este quórum especial tiene como finalidad facilitar la aprobación de aquellas propuestas en las que el sacrificio solicitado a los acreedores sea reducido, suprimiendo la abstención, que produce el mismo efecto a un voto negativo en el quórum general.²⁰²

En la actualidad, se mantienen las mayorías anteriores (especificándose en el art. 376.2 TRLC que también será suficiente un 50% del pasivo ordinario cuando se prevea, para el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de los créditos en créditos participativos durante un plazo no superior a 5 años). No obstante, al haberse suprimido el límite de las quitas y haberse ampliado las esperas hasta 10 años, cuando el Convenio supere los límites tradicionales (quitas de más del 50 % y/o esperas de más de 5 años) o contuviera cualquier otro tipo de contenido, como contrapartida se requiere una mayoría reforzada del 65 % del pasivo ordinario (art. 376.3 TRLC).

²⁰² ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.158. En cuanto a qué debe entenderse por «créditos vencidos», el autor señala que la interpretación «más ajustada al espíritu de la Ley será la que implique el pago inmediato de todos los créditos en el momento en el que cada uno de ellos vaya venciendo, de manera que la eficacia de lo dispuesto en el Convenio entrará en juego, para cada uno de los acreedores, en el momento de sus respectivos vencimientos (pp. 1.1159-1.160).

El legislador toma como referencia para el cálculo de las mayorías el porcentaje del pasivo ordinario, formado por las adhesiones y los votos favorables, sin computar el pasivo privilegiado ni el subordinado. Ahora bien, como los acreedores privilegiados tienen derecho de adhesión y voto, cuando alguno de ellos vote a favor de la propuesta se producirá una modificación de la cifra del pasivo ordinario sobre la cual calcular el porcentaje de las aceptaciones. Así, a efectos del cómputo deberá añadirse al pasivo ordinario el pasivo correspondiente a los créditos privilegiados cuyos titulares se hubieran adherido o votado a favor de la propuesta (art. 376.4 TRLC, anterior art. 124.2 LC). En un momento dado, esto nos puede llevar al escenario de que los acreedores privilegiados puedan imponer un Convenio votado en su mayoría por ellos a los acreedores ordinarios.²⁰³

La doble mayoría se requiere en los supuestos de «trato singular». Como se expuso, la *par conditio creditorum* o igualdad de todos los acreedores es uno de los pilares en los que se asienta nuestra Ley Concursal. Sin embargo, ello no es óbice para que el Convenio pueda plantear un trato diferencial, más favorable, a determinados acreedores que resulten especialmente importantes para la aceptación del Convenio. El legislador, consciente de ello, permite que en el seno de la Ley pueda existir esta situación discriminatoria en aras a la continuidad empresarial, pero como contrapeso establece un sistema de doble mayoría para que los acreedores, no afectados por dicho trato, tengan la última palabra.

Para que la aceptación de un Convenio esté sometida al régimen de mayoría doble, es necesaria la existencia de un «trato singular», entendido este como un trato especial o diferente para los acreedores de una misma clase o grupo que los beneficia, lo que se determinará en función del contenido de la propuesta.²⁰⁴ En cualquier caso, bajo el pretexto de establecer un trato diferencial no pueden incumplirse las normas imperativas de la ley. No se considerará trato singular el mantenimiento a favor de los

²⁰³ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 398.

²⁰⁴ El trato singular puede afectar tanto a los acreedores de una misma clase, como a los de un determinado grupo. La pertenencia a un grupo no viene impuesta por ley (clases) y puede realizarse en función de diversos criterios (v. gr., tipo de acreedores: financieros, laborales, públicos, proveedores), que dependen en exclusiva de la persona que elabora el Convenio.

acreedores privilegiados de ventajas propias de su privilegio, siempre que dichos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios (art. 378.2 TRLC, anterior art. 125.1 LC).

En estos supuestos y con el fin de evitar abusos, cuando una propuesta de Convenio atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características, será preciso, además de la mayoría correspondiente al quórum general u especial, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular (art. 378.1 TRLC, anterior art. 125.1 LC). No será necesario realizar dos votaciones diferenciadas, sino realizar un segundo cómputo en el que se excluya el pasivo de los acreedores afectados por el trato singular.²⁰⁵

Al respecto, se plantea la cuestión de qué ocurre cuando en un acreedor que ostente varios créditos diferentes concurra el trato singular respecto a una parte de los créditos, mientras que los otros créditos no se ven afectados por el trato favorable. Una interpretación finalista de la norma nos llevaría entender que la totalidad de sus créditos no serían tenidos en cuenta a efectos del cómputo específico, pues la finalidad pretendida por el legislador con la doble mayoría «es que no se produzca la situación en que los acreedores beneficiados por el trato singular puedan imponer a los demás la propuesta de Convenio que más les interese».²⁰⁶

Por último, recordar que no puede someterse a deliberación una propuesta de Convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de estos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones (art. 316.2 TRLC, anterior art. 125.2 LC).

²⁰⁵ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.164.

²⁰⁶ AJM n.º 1, de 16 de noviembre de 2005 (AC 2005, 2067).

4.3. Aprobación judicial del Convenio

Una vez el Convenio ha obtenido las mayorías legales necesarias para considerarse aceptado por la colectividad, no deviene eficaz de forma automática, sino que esta se condiciona a su aprobación judicial. Así, en el mismo día de conclusión de la Junta o en el siguiente hábil, el Secretario elevará al Juez el acta (art. 372.4 TRLC, anterior art. 127 LC).

Como ya hemos advertido, actualmente, tras la promulgación del nuevo TRLC, una novedad introducida ha sido la de generalizar el trámite de la proclamación del resultado de las propuestas de Convenio, tanto anticipada como ordinaria. Según la anterior LC, el LAJ verificaba si las adhesiones alcanzaban la mayoría legalmente exigida, únicamente cuando se trataba de propuestas anticipadas, tal y como se regulaba en el anterior artículo 109.1 LC o en el caso de tramitaciones escritas de las propuestas de Convenio (anterior art. 115 bis.5 LC).

Por tanto, actualmente, aún en el caso de propuestas ordinarias, según regula el art. 379.1 TRLC, una vez finalizada la votación de una propuesta de Convenio en la junta de acreedores, el LAJ verificará el resultado y lo proclamará de inmediato en la propia Junta.

Tras ello, si la propuesta hubiera obtenido la aceptación de los acreedores con las mayorías del pasivo concursal exigidas por la ley, el LAJ, al proclamar el resultado, advertirá a los legitimados del derecho a oponerse a la aprobación judicial del Convenio; lo que sucederá ante cualquier tipo de propuesta (art. 378.3 del TRLC).

En efecto, la normativa concursal, con carácter previo a la aprobación judicial del Convenio, ha previsto un trámite de oposición para que los legitimados puedan exponer las razones por las que consideran que dicho Convenio no puede obtener la homologación judicial. Pero, con independencia de que existan impugnaciones al Convenio, se faculta al Juez para verificar la legalidad de dicho Convenio y, cuando incurra en alguna infracción, rechazarlo de oficio. Una vez desestimadas las pretensiones y superado el control de legalidad, el Convenio será aprobado judicialmente.

En particular, se concede al deudor que no hubiera formulado la propuesta de Convenio aceptada por la Junta ni hubiera prestado su conformidad, la posibilidad de oponerse a su aprobación o la facultad de solicitar la apertura de la fase de liquidación. En el caso de que inste su oposición, cuando esta resulte desestimada el deudor quedará vinculado por el Convenio aprobado.

4.3.1. Trámite de oposición

El trámite de oposición al Convenio se rige, en esencia, por tres reglas.

La primera de ellas es que la impugnación del Convenio se sustanciará por la vía del incidente concursal (art. 386 TRLC, anterior art. 129.1 LC), por lo que la demanda estará sujeta a los requisitos del art. 399 LEC y deberá formularse en el plazo de diez días, contados desde el siguiente a la fecha en que el LAJ haya proclamado el resultado de la votación (art. 385 TRLC)²⁰⁷.

La segunda regla impone la necesidad de que el Juez resuelva mediante Sentencia, en la que se limite a aprobar o rechazar el Convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada (art. 388 TRLC, anterior art. 129.1 LC). Ello va en armonía con lo que ha señalado el Alto Tribunal sobre *«el papel que corresponde al juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad»*, lo que le impide modificar su contenido.²⁰⁸ No se prohíbe, en cambio, *«que el juez interprete correctamente una estipulación dudosa, lo que se justifica por la necesidad de conservar el Convenio evitando que irregularidades accesorias o que se deriven de la falta de claridad de alguna de sus cláusulas pueda comportar su nulidad, con el efecto añadido de tener que abrir la fase de liquidación»*.²⁰⁹ En cualquier caso, cuando la Sentencia estime la oposición por

²⁰⁷ En este punto debemos hacer hincapié en que en cuanto al plazo de oposición a la aprobación del Convenio si existe un cambio relevante operado por el TRLC en relación con su regulación anterior, el cual deriva de la generalización del trámite de la proclamación del resultado por parte del LAJ. Así, se modifica el *dies a quo*, centrándolo en el momento en el cual el decreto del LAJ proclamando el resultado sea notificado a las partes. Anteriormente el art. 128.1 LC hacía comenzar dicho computo, en el caso de tramitación ordinaria, en la fecha de conclusión de la junta o, en el caso de propuesta anticipada o tramitación escrita, cuando el secretario judicial hubiera verificado que las adhesiones presentadas alcanzaran la mayoría legal para la aceptación del Convenio.

²⁰⁸ STS 25 de noviembre de 2011 (EDJ 262922).

²⁰⁹ SAP Barcelona, de 22 de diciembre de 2011 (EDJ 355496).

infracción legal o inviabilidad objetiva del Convenio declarará rechazado el Convenio, siendo dicha resolución susceptible de recurso de apelación (art. 391.1 TRLC, anterior art. 129.3 LC).

Podemos añadir la suma de una tercera regla por parte del nuevo TRLC, contemplada en su artículo 389, que establece un plazo de cinco días siguientes al del vencimiento del plazo para oponerse a la aprobación, sin que se hubiere formulado oposición, o de un plazo de diez días una vez terminado el incidente, si se hubiera formulado, para que el Juez dicte Sentencia aprobando o rechazando el Convenio. Plazos, los anteriores, que no se regulaban en la anterior LC.

Asimismo, como habíamos adelantado, también se puede destacar la novedad de la obligación de incluir el contenido del Convenio en la propia Sentencia que lo aprueba²¹⁰.

En tercer lugar, la estimación de la oposición por infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta, no implica el rechazo del Convenio, sino la convocatoria de una nueva Junta con los mismos requisitos de publicidad y antelación establecidos en la ley, que deberá celebrarse dentro del mes siguiente a la fecha de la Sentencia (art. 391.2.I TRLC, anterior art. 129.2 LC). En consecuencia, dichas infracciones se conciben como errores subsanables en aras al principio de *favor convenii* que preside la Legislación Concursal, previéndose un trámite legal para su subsanación.²¹¹ Los errores de cálculo y materiales pueden ser subsanados directamente por el Juez (art. 388.1 TRLC, anterior art. 129.1 LC *in fine*).

Igualmente, se contempla la posibilidad de que el juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, pueda adoptar las medidas cautelares necesarias para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida el cumplimiento futuro del Convenio aceptado, entre las cuales podrá ordenar el inicio de su cumplimiento (art. 387 TRLC, anterior 129.4 LC).

²¹⁰ Si bien en este extremo el párrafo final del artículo 389 TRLC habla de Auto y no de Sentencia, ya habíamos comentado que debe tratarse de una errata.

²¹¹ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 407.

4.3.2. Legitimación para formular oposición

La legitimación para formular oposición a la aprobación del Convenio aceptado por la colectividad de acreedores se reconoce a las siguientes partes: a la Administración Concursal, en cualquier caso; a determinados acreedores, en determinados supuestos; y el deudor que no hubiera solicitado la apertura de la fase de liquidación (o no hubiera desistido de ella), si no hubiera formulado la propuesta de Convenio aceptada ni hubiera prestado posteriormente su conformidad (art. 382 TRLC, anterior art. 128.1.II LC).

En cuanto a los acreedores, no todos están legitimados, sino que la legitimación se reconoce, en caso de tramitación ordinaria, a los que no hubieran asistido a la Junta, los que hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de Convenio aceptada por la mayoría. En el caso de propuesta anticipada de Convenio o de tramitación escrita, se reconoce a los acreedores que no se hubieran adherido a ella. Cuando el art. 382 TRLC habla de «acreedores» deben entenderse incluidos todos los que lo sean de créditos concursales, no los titulares de créditos contra la masa, al no resultar afectados por el Convenio, pues sus créditos serán abonados a su respectiva fecha de vencimiento. Respecto a los acreedores concursales,²¹² existen opiniones que limitan la legitimación a aquellos afectados por el Convenio, sin perjuicio de que existan motivos de peso para extenderla a todos ellos.²¹³ No es pacífica tampoco la cuestión sobre si los acreedores que no estén

²¹² En este sentido, SJM Alicante n.º 1, de 23 de abril de 2008. También ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.178-1.179.

²¹³ No resulta descabellado reconocer la legitimación a la totalidad de acreedores concursales, aunque no se vean afectados por el crédito. Así, los acreedores privilegiados, aunque no hayan votado a favor o adherido al mismo, van a ver afectado el cobro de su crédito en función del contenido y la viabilidad del Convenio aceptado. Tampoco parece que del tenor de la ley se prive de formular oposición; además, también se prevé la participación en el debate sobre la aprobación del Convenio, aun cuando no muestren su conformidad, por lo que se está reconociendo un interés legítimo en cuanto a la aprobación del Convenio aun cuando no resulte vinculado a él. En esta línea, se reconoce la legitimación para intervenir en el concurso y ser

incluidos en los textos definitivos deben gozar de legitimación para oponerse al Convenio, al existir en la doctrina disparar de opiniones.²¹⁴

En primer lugar, la legitimación se reconoce a los acreedores no asistentes a la Junta, a los que debemos añadir aquellos otros «que no se hubieran adherido a la propuesta de Convenio», pues se les considera como asistentes a efectos de la constitución de la Junta.²¹⁵ En segundo lugar, están igualmente legitimados para formular oposición al Convenio los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto. Requisito fundamental para que pueda estimarse su oposición es que se encuentren «ilegítimamente privados» del voto, por lo que no lo estarán aquellos a los que legalmente se les priva del derecho de voto y adhesión.²¹⁶ En tercer lugar, también lo están los que hubieran votado en contra de la propuesta de Convenio aceptada por la mayoría, sin perjuicio de poder haberse adherido a la propuesta de Convenio con carácter previo. Por último, también están legitimados los acreedores que, en caso de propuesta anticipada de Convenio o de tramitación escrita, no se hubieran adherido a ella, lo que es lógico si se tiene en cuenta que en este tipo de tramitaciones no se constituye la Junta de acreedores. Es aplicable lo dicho anteriormente para el acreedor que, habiéndose adherido previamente, con posterioridad haya revocado su adhesión.

Está igualmente legitimado para formular oposición el deudor concursado que no hubiere formulado la propuesta de Convenio aceptada por la Junta ni le hubiere prestado conformidad (art. 382.2 TRLC, anterior art. 128.3 LC). Evidentemente, este

considerado como partes en todas las secciones e incidentes a todos los acreedores (ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.178-1.179).

²¹⁴ A favor de su legitimación se encuentra BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004; en contra, ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.179.

²¹⁵ ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 2.158 y 2.159; ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.179. No obstante, en contra BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), ob. cit., p. 2.414.

²¹⁶ Un ejemplo de privación ilegítima del voto tiene lugar cuando no se hubiera admitido la representación de un acreedor ordinario y, por esta razón, no pudiera haber ejercido su derecho de voto.

supuesto se limita a la propuesta ordinaria de Convenio, pues solo ostenta legitimación para presentar una propuesta anticipada de Convenio el deudor, siendo contradictorio que impugne su propia propuesta. Debe señalarse que cuando la propuesta sea presentada por los acreedores, no es necesaria la conformidad del deudor para que dicha propuesta prospere, por lo que la existencia de su conformidad deberá constatarse a partir de las manifestaciones realizadas por éste, bien mediante escritos con carácter previo a la celebración de la Junta, bien mediante manifestación oral durante el transcurso de esta.²¹⁷ En cualquier caso, el deudor puede optar por no formular oposición a la aprobación judicial del Convenio y solicitar la apertura de la fase de liquidación, en cuyo caso se pondrá término a la fase de Convenio.

²¹⁷ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.182-1.183.

4.3.3. Causas de impugnación

Los motivos que pueden fundamentar la impugnación pueden agruparse en dos: infracciones legales e inviabilidad objetiva del Convenio. En cuanto al primer grupo, podrá formularse oposición cuando exista infracción de las normas legales sobre el contenido del Convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, así como la constitución de la Junta o su celebración o su tramitación escrita (art. 383.1.1º, 2º y 4º TRLC, anterior art. 128.1.III y IV LC). Se ha planteado la cuestión de si las infracciones deben entenderse cometidas exclusivamente respecto las disposiciones de la Ley Concursal o, bien, extenderse a cualesquiera normas integradas en nuestro ordenamiento jurídico. Encontramos más acertada la opinión de limitar las infracciones a las que afecten a normas de la Ley Concursal, mientras que cuando la infracción tenga su base en una norma extraconcursal podrá fundamentar una pretensión de nulidad del Convenio.²¹⁸

Dicho esto, la Ley expresamente permite fundamentar la impugnación del Convenio cuando la adhesión o adhesiones decisivas para una propuesta anticipada de Convenio o, en su caso, el voto o votos emitidos decisivos para la aceptación del Convenio por la Junta, hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios (art. 383.1.3º TRLC, anterior art. 128.1.IV LC). Como se desprende del precepto, cuando los votos no sean determinantes para la aceptación del Convenio, no resulta relevante la oposición en tanto hubiera resultado igualmente aceptado. También se prevé, salvo en este último supuesto, que cuando la oposición se funde en una infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta, el impugnante que hubiera asistido deberá haber denunciado en el momento oportuno la comisión, o, de ser anterior a la constitución de la Junta, en el momento de declararse constituida (salvo que concurra alguna de las circunstancias a que se refiere el artículo 383.1.3º TRLC); en caso contrario, no podrá formular oposición (art. 383.2 TRLC, anterior art. 128.4 LC).

²¹⁸ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.184. Respecto los motivos de infracción nos remitimos a lo expuesto en epígrafes anteriores al hablar del contenido del Convenio, forma y contenido de las adhesiones, constitución de la junta o su celebración.

De otro lado, el art. 384 TRLC (anterior art. 128.2 LC) prevé que tanto la Administración Concursal como los acreedores anteriormente legitimados puedan oponerse a la aprobación judicial del Convenio cuando el cumplimiento de este sea objetivamente inviable. En este caso, dicha causa de impugnación requiere que los acreedores, individual o *conjuntamente agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios.*

La jurisprudencia ha señalado al respecto que no debe confundirse la expresión «cumplimiento del Convenio objetivamente inviable» con la imposibilidad objetiva de cumplir el plan de viabilidad, de tal manera que «(...) *la viabilidad objetiva del Convenio no se puede juzgar bajo variables económicas hipotéticas, sino bajo el prisma de previsiones razonables*»; para valorar dicha viabilidad objetiva deberá atenderse no solo al contenido del Convenio, sino también al plan de viabilidad y al plan de pagos, cuando dichos documentos deban acompañarlo, en aras a realizar un examen global.²¹⁹ No obstante, en tanto el plan de viabilidad no es un documento estrictamente necesario, debe rechazarse la impugnación del Convenio por razones que únicamente guarden relación con el contenido del plan de viabilidad, pues éste no forma parte del Convenio, al ser solamente necesario cuando el Convenio prevea contar con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial, lo que no ocurre con el plan de pagos, que deberá acompañar al Convenio siempre.²²⁰

²¹⁹ SJM n.º 7 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2011 (EDJ 393385). La Sentencia continúa diciendo lo siguiente: «*Así, para poder afirmar que es seguro que una propuesta no se podrá cumplir, se ha de estudiar, alegar y concretar el cuándo, el cómo, el por qué y en relación a qué acreedor o acreedores no se va a poder cumplir el Convenio y en qué momento. Las genéricas afirmaciones sobre dificultades en el cumplimiento de determinadas previsiones o expectativas de ingresos del plan de viabilidad carecen de sentido si no van acompañadas de la correlación que puedan tener en el plan de pagos en relación con los concretos acreedores afectados por el plan*».

²²⁰ SAP Barcelona, de 24 de mayo de 2012 (EDJ 153597). En esta línea, dispone que «*(...) no basta con que existan dudas o grandes dificultades que puedan apreciarse en el cumplimiento del Convenio, sino que es necesaria una imposibilidad objetiva (...). Pero esta imposibilidad objetiva no ha de ser entendida como una imposibilidad absoluta, sino en términos de*

En consecuencia, el juicio de inviabilidad debe ser objetivo y la carga de la prueba incumbe al impugnante, sin perjuicio de acudir a la prueba contable y pericial.²²¹

imposibilidad práctica: si existen datos que permitan pensar a priori que el Convenio no podrá ser cumplido».

²²¹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.197.

4.3.4. Facultades del Juez: el control de oficio

La aprobación del Convenio aceptado por la colectividad de acreedores no se produce de manera automática; ni siquiera ante la inexistencia de impugnaciones. Incluso cuando el Juez desestime las impugnaciones formuladas por el Convenio, este está sujeto a un último control de legalidad que se realiza de oficio (art. 392 TRLC, anterior art. 131 LC). Sin embargo, este control no es el único que la ley ha previsto con carácter previo a la aprobación del Convenio. Como ya se dijo, en el momento de admitir a trámite el Convenio, el juez debe verificar que la propuesta cumple con las condiciones de tiempo, forma y contenido. Y aun cuando en el momento de su admisión a trámite el Juez no se hubiera percatado del defecto del que adolecía el Convenio, no impide que, más tarde al revisar el Convenio aceptado por la junta, pueda constatar dicho defecto y rechazar el Convenio de oficio.²²²

En este control de legalidad previo a la aprobación del Convenio, el juez debe examinar si se han cometido infracciones de las normas de la ley reguladoras del contenido del Convenio, forma y contenido de las adhesiones y sobre la constitución de la junta o su celebración. En suma, son las mismas causas que pueden justificar una oposición a la aprobación del Convenio por los legitimados, con excepción de la inviabilidad objetiva del cumplimiento de Convenio que no puede ser examinada de oficio por el juez.²²³

²²² STS de 19 de febrero de 2013 (EDJ 24013) y SAP Madrid, de 14 de junio de 2013 (EDJ 146809).

²²³ Conclusiones del II Congreso de Especialistas en Mercantil celebrado en Valencia el 1 y 2 de diciembre de 2005, citado en ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.237, en el que se recoge lo siguiente: «El control de oficio que prevé el artículo 131 de la Ley Concursal debe circunscribirse a la apreciación de defectos o problemas formales observados en el trámite de admisión, convocatoria o desarrollo de la Junta, así como al conocimiento sobrevenido de alguna de las circunstancias o requisitos formales –objetivos o subjetivos– del Convenio. No parece razonable que en el ámbito de estas facultades el Juez se arroge la posibilidad de rechazar de oficio Convenios por razones de tipo económico vinculadas a las objeciones que pudiera plantear el plan de pagos o el plan de viabilidad. En el caso del Convenio anticipado el Juez puede no admitir a trámite una propuesta que cuente con un informe desfavorable de la

Las consecuencias de la infracción detectada varían en función de su clase. Así, cuando la infracción afectase al contenido del Convenio, la sentencia deberá rechazar el Convenio y proceder a la apertura de la liquidación (art. 409.1.3º TRLC, anterior art. 143.1.3 LC), en tanto el juez no puede modificar su contenido.²²⁴ En cambio, cuando la infracción tenga que ver con la forma y el contenido de las adhesiones, el juez, mediante auto, concederá el plazo de un mes para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley, transcurrido el cual se dictará la oportuna resolución (art. 392.2 TRLC, anterior art. 131.2 LC); o bien, de afectar a la constitución o a la celebración de la junta, el juez dictará auto acordando que el LAJ convoque una nueva junta, con los mismos requisitos de publicidad y antelación que los establecidos en la ley (art. 392.3 TRLC, anterior art. 131.3 LC).

Administración Concursal, en el Convenio no anticipado la evaluación del mismo no permite al Juez volver a revisar los criterios de admisión. La inviabilidad objetiva como motivo de oposición –artículo 128.2– solo debe reconocerse como motivo de oposición a la Administración Concursal y a los acreedores titulares de al menos un 5% de los créditos ordinarios».

²²⁴ En este sentido, la STS de 25 de noviembre de 2011 (EDJ 262922) recuerda que «(...) el papel que corresponde al Juez en dicha aprobación no es la de creador de la regla negocial, sino la de controlador de su legalidad». Algún autor ha considerado que, en consonancia con el principio de *favor convenii*, los meros defectos formales no deben llevar a rechazar el Convenio (ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.238).

4.4. Eficacia del Convenio

Con carácter general, el Convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la Sentencia de su aprobación (art. 393.1 TRLC, anterior art. 133.1 LC); eficacia que se inicia con la mera aprobación, sin que sea necesario que la Sentencia aprobatoria adquiera su firmeza —salvo que así lo decrete el Juez, previsión excepcional que se contiene en el artículo 393.2 del TRLC—, ni su notificación o publicación. Tenemos que señalar que, si la Sentencia aprobatoria es recurrida, el Juez puede optar por la suspensión de su eficacia hasta el momento en que la Sentencia devenga firme, o bien, acordar el comienzo del cumplimiento del Convenio aceptado bajo las condiciones provisionales que determine. Por tanto, el Juez goza de plena discreción para acordar lo que estime oportuno, por supuesto, siempre motivadamente para expresar las razones justificativas de su decisión, pudiendo optar por una suspensión con carácter parcial.²²⁵

El principal efecto de la eficacia del Convenio es el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio Convenio (art. 394.1 TRLC, anterior art. 133.2 LC). Esta norma debe interpretarse en el sentido de que los efectos de la declaración del concurso que cesan son tanto los que afectan al deudor como a los créditos, a los procedimientos judiciales, a los acreedores y a los contratos.²²⁶ Ello significa que el deudor recuperará sus facultades de administración y disposición, aunque, como sabemos, el contenido del Convenio puede limitar o establecer prohibiciones sobre éstas. Entre estos efectos, se encuentra el cese de la Administración Concursal (art. 395 TRLC), sin perjuicio de conservar plena legitimación para continuar los incidentes en curso, así como para actuar en la Sección Sexta, con facultades para solicitar la ejecución provisional o definitiva de las Sentencias que se dicten en esos incidentes y de la Sentencia de calificación (art. 395.2 TRLC, anterior art. 133.3 LC). Además, no debemos olvidar de que el Convenio puede otorgar a la Administración Concursal facultades de control, supervisión e intervención.

²²⁵ Actualmente, la posibilidad de una suspensión de carácter parcial se encuentra expresamente recogida por el artículo 393.2 TRLC, si bien anteriormente ya estaba contemplada por la jurisprudencia.

²²⁶ AATS de 14 de mayo de 2012 (EDJ 103344) y de 10 de julio de 2012 (EDJ 154640).

En cuanto a la extensión del Convenio y su vinculación para con las distintas clases de créditos y, en particular, con los créditos privilegiados, trataremos la misma con mayor extensión y cuidado a la hora de abordar el siguiente capítulo dedicado al Convenio y los créditos privilegiados. No obstante, antes de detenernos sobre dichos particulares vamos a repasar someramente el régimen de extensión del Convenio regulado en los artículos 396 y 397 TRLC.

La aprobación del Convenio, a su vez, vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos (art. 396.1 TRLC, anterior 134.1 LC); y ello, con independencia de que hayan votado a favor o no. Los acreedores subordinados se ven afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el Convenio para los acreedores ordinarios, con la única diferencia que los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del Convenio respecto de estos últimos (art. 396.2 TRLC, anterior 134.1.II LC). Ahora bien, esta demora no es óbice para que los acreedores subordinados no puedan ejercitar su derecho a elegir una propuesta alternativa (v. gr., conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos).

Los acreedores privilegiados, en cambio, solo quedarán vinculados si hubieren sido autores de la propuesta o si se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o si hubieran votado a favor de la misma, así como si se adhieren en forma al Convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento (art. 397.1 TRLC, anterior art. 134.2 LC). Por tanto, con carácter general no quedarán vinculados por el contenido del Convenio, salvo que se hubieran adherido o votado a su favor. Esto significa que los acreedores privilegiados generales pueden exigir la satisfacción de sus créditos una vez aprobado el Convenio, mientras que los acreedores privilegiados especiales tienen derecho de ejecución separada.²²⁷ Ahora bien, a dichos acreedores se les reconoce la facultad para vincularse al Convenio aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez, mediante

²²⁷ No obstante, respecto a los acreedores con derecho de ejecución separada, una vez realizado el bien el importe que no se alcance a cubrir tendrá la consideración de crédito ordinario, por lo que quedará sometida al Convenio.

adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, es decir, con carácter posterior a su aprobación. Debemos señalar, sin perjuicio de su exposición detallada en su momento, que la reforma operada por el RD-Ley 11/2014 ha añadido la posibilidad de que los acreedores privilegiados queden vinculados al Convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de su misma clase (art. 397.2 TRLC).

Cuestión distinta es la afección al Convenio de los créditos que, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos; los denominados «*créditos no concurrentes*», *pues no han sido reconocidos y no figuran en la lista de acreedores y, como tal, se encuentran al margen del procedimiento concursal. Al respecto, no podemos entender el precepto en el sentido que aquellos créditos que no fueron comunicados en plazo lo sean al margen y fuera del control del informe de la Administración Concursal, ni que estos, de acreditarse, puedan beneficiarse de lo dispuesto en el Convenio. Cuando el crédito no conste en la lista de acreedores (v. gr., no se insinuó o se comunicó con posterioridad al informe de la Administración Concursal), debemos de entender que «a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos de obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC [actual art. 396.1 del TRLC]el cual extiende, en su caso, los efectos del Convenio también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso».*²²⁸ En consecuencia, como dichos créditos no pueden satisfacerse al margen del Convenio pero tampoco se han extinguido —pues la no insinuación del crédito no es un modo de extinguir obligaciones—, solo podrán ser satisfechos una vez concluido el concurso, con posterioridad a la satisfacción de todos los créditos concursales concurrentes y siempre con sujeción a los términos del Convenio.²²⁹

²²⁸ SJM n.º 1 de Madrid, de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 976).

²²⁹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.265-1.266.

El art. 399 TRLC (anterior art. 135 LC) regula los efectos del Convenio sobre las garantías de terceros. Cuando el acreedor no hubiera votado a favor del Convenio (y no hubiera sido autor de la propuesta y no se hubieran adherido a ella, salvo revocaciones), su contenido no afectará a las relaciones entre acreedor y los obligados solidarios, los fiadores o los avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del Convenio en perjuicio de aquel (art. 399.1 TRLC, anterior art. 135.1 LC). Esto quiere decir que el fiador no podrá oponer los beneficios que deriven del Convenio (v. gr., quita del 50 %), debiendo satisfacer el crédito del acreedor en su totalidad. En cambio, cuando el acreedor sí haya votado a favor del Convenio (o se hubiera adherido a la propuesta, salvo revocación, o hubiese sido autor de la misma), la relación entre acreedor y fiador o avalista se regirá por los pactos que sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieran contraído (art. 399.2 TRLC, anterior art. 135.2 LC); por lo que habrá que prestar atención a los pactos que pudieran haberse formalizado entre ellos, sin perjuicio que, en último término, fiador o avalista pudieran oponer los beneficios que se deriven del Convenio.²³⁰

Por último, los créditos de los acreedores privilegiados que se vean afectados por el Convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del Convenio (art. 398 TRLC, anterior art. 136 LC). En términos estrictos, no puede hablarse de que el Convenio produzca la extinción del crédito en la parte a la que alcance la quita, pues si así fuere, en caso de incumplimiento los acreedores no podrían reclamar la totalidad de su crédito. Debemos entender que la aprobación del Convenio inicia *«una fase de pendencia en la cual los mismos no pueden ser exigidos al deudor, sino en los términos recogidos en el*

²³⁰ En este sentido, el AAP Lleida, de 9 de enero de 2007 (JUR 2007, 206289) señala *«el sinsentido que supone estimar que el Convenio conseguido en un procedimiento concursal, pueda afectar a las garantías del crédito, cuando las mismas cumplen precisamente la finalidad de garantizar su cumplimiento en situaciones de insolvencia del deudor principal»*.

*Convenio. Exigencia que se encuentra condicionada al íntegro cumplimiento del mismo».*²³¹

Lo mismo puede predicarse en cuanto a la novación, pues de ser así no sería posible el renacimiento del crédito en caso de incumplimiento del Convenio, por lo que sería más correcto de hablar de una modificación en el importe, modo y plazo para el pago de la obligación.

²³¹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.291.

4.5. Cumplimiento del Convenio

Tal y como ya se ha apuntado anteriormente, una vez que la propuesta de Convenio ha reunido los votos y adhesiones necesarias para que se considere aprobada y superado el control judicial, su contenido es de obligado cumplimiento para el deudor y los acreedores ordinarios y subordinados, aun cuando no hayan votado a favor ni se hubiesen adherido a ella (o incluso si no hubiesen sido reconocidos) -art. 396.1 TRLC, anterior art. 134.1 LC-²³². Los acreedores privilegiados, en principio, solo quedarán vinculados si hubieren sido autores de la propuesta, si se hubieran adherido a ella (salvo revocación de la adhesión) o si hubieran votado a favor de la misma, así como si se hubieran adherido en forma al Convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento (art. 397.1 TRLC, anterior art. 134.2 LC).

Es necesario señalar que el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, añadió un apartado tercero al art. 134 LC (actual art. 397.2 TRLC) que abre la posibilidad de que los acreedores privilegiados queden vinculados forzosamente al Convenio cuando los acreedores de la misma clase supongan una mayoría que deberá ser del 60 o 75 % en función del contenido del Convenio -el denominado arrastre del crédito privilegiado-.

Como se dice en la E. de M. IV de la Ley Concursal, el concurso no concluye con la aprobación del Convenio, sino con su cumplimiento, por lo que la Sentencia aprobatoria no pone término al proceso concursal.

²³² 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 (art. 396.2 TRLC).

4.5.1. Limitación de las facultades del deudor

Desde el comienzo de la eficacia del Convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso y, en concreto, las limitaciones a las facultades de disposición y administración del deudor (art. 394 TRLC, anterior art. 133.2.I LC). Sin embargo, en aras a controlar y garantizar la actuación del concursado, el Convenio puede prever un régimen distinto o similar al de intervención o suspensión, de manera que no desaparecen completamente las limitaciones sobre el deudor. A tal efecto, el art. 321.1 TRLC (anterior art 137.1 LC) dispone que el Convenio puede establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor.

Del tenor literal del precepto pueden extraerse dos importantes datos. El primero es que tan solo pueden limitarse las facultades de administración y disposición del deudor sobre sus bienes y derechos. En consecuencia, no es posible establecer como medida una modificación estatutaria, del órgano de administración, la transformación societaria o un cambio de titularidad de la empresa.

El segundo, que dichas limitaciones tan solo pueden afectar al deudor, no pudiendo establecerse medidas respecto a otra persona. Esto se traduce en que no puede limitarse la capacidad de terceras personas que hubieran asumido compromisos respecto al Convenio (v. gr., pago de determinadas obligaciones, promesas de financiación o de compra), pues dichas personas no están sometidas a limitación alguna por la normativa concursal. El precepto anterior pretende salvaguardar los activos del deudor una vez decae el régimen de intervención o suspensión que afecta al concursado, pero en ningún caso pretende garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por terceros. Cuando se pretenda garantizar el cumplimiento de obligaciones asumidas por terceros deberán establecerse garantías específicas.

Las medidas pueden ser limitativas o prohibitivas y pueden afectar tanto a los bienes presentes como a los futuros. Puede extenderse el régimen de intervención o suspensión general para que no decaiga con la aprobación del Convenio. También puede limitarse la disposición o administración de determinados bienes y/o establecer una graduación en función de distintos criterios. Estas serán eficaces desde la aprobación del Convenio hasta la conclusión del concurso por cumplimiento del

Convenio o, en su caso, decaerán con la apertura de la liquidación en caso de incumplimiento y se sustituirá por el régimen general de suspensión de las facultades de administración y disposición. Nada impide que el Convenio pueda limitar el alcance temporal de las medidas. No obstante, debe recordarse que en caso de que se interponga recurso contra la Sentencia aprobatoria, el Juez pueda acordar la suspensión de dichas medidas (art. 393.1 TRLC, anterior art. 133.1 LC).

El art. 321.2 TRLC (anterior art. 137.2 LC) dispone que las medidas o prohibiciones que establezca el Convenio serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. Esta previsión tiene la finalidad de que los terceros ajenos al proceso puedan tener conocimiento de la existencia de estas medidas, aunque devengan eficaces con la Sentencia aprobatoria, no con su inscripción. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la Sentencia que declare la ineficacia del acto²³³. Esto último supone

²³³ Aquí, el nuevo Texto Refundido sustituye la referencia de la Ley Concursal a la acción de reintegración de la masa, por cualquier sentencia que declare la ineficacia del acto impugnado. Según ENCISO ALONSO-MUÑUMER, E., «*Con esta disposición se sigue la interpretación que concebía que la acción de reintegración era una acción dirigida a la declaración de la ineficacia del acto, y no una acción basada en el simple perjuicio que dicho acto pueda ocasionar a los acreedores, y que presupone la eficacia del acto realizado contraviniendo la medida prohibitiva o dispositiva incluida en el Convenio. (...) Con ello además de ampliar la referencia a otras posibles acciones a ejercitar que tengan como resultado declarar la ineficacia del acto contrario a las medidas prohibitivas o limitativas y a restituir el bien salido de la masa, v. gr., las acciones de impugnación, significa que la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer lleva aparejada la ineficacia de los actos contrarios a estas medidas*». (ENCISO ALONSO-MUÑUMER, E., «Comentarios Artículo 321», en Ob, Cit., Tomo II, p. 880.). Además, entendemos que esta modificación puede solventar también la problemática de considerar la específica acción rescisoria (o de reintegración) concursal (arts. 226 y ss. TRLC, anterior art. 71 LC) únicamente aplicable cuando se trate de actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y, en puridad, no sería el caso de los actos realizados durante el periodo de cumplimiento del Convenio.

que, a diferencia del régimen general, el Registro no se cerrará para los actos realizados en contravención de las limitaciones contempladas en el Convenio.²³⁴

La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas constituye infracción del Convenio (art. 321.1 TRLC). No obstante, la mera infracción no tiene como efecto automático la declaración de incumplimiento, sino que exige su previa declaración por los acreedores. La legislación concursal faculta a los acreedores para que, ante la inobservancia de las medidas, puedan instar la declaración de incumplimiento, con la consiguiente apertura de la liquidación, pero en ningún caso se produce de manera automática. Lo mismo ocurre con las acciones de impugnación que se pudieran promover a causa de la infracción. El acto realizado infringiendo las medidas prohibitivas o limitativas es plenamente válido y eficaz, en tanto en cuanto no se ejerciten dichas acciones.

En cualquier caso, debe diferenciarse la declaración de incumplimiento de las acciones de impugnación. Estas últimas, que se tramitarán como incidentes concursales, se ejercitarán una vez declarado el incumplimiento del Convenio y abierta la liquidación, pero no tienen por qué instarse necesariamente. Puede ocurrir que los acreedores soliciten dicha declaración, pero no insten la acción porque el acto ejercitado con infracción de dichas medidas pueda serles favorable. El efecto derivado de la declaración de ineficacia del acto consistirá en la devolución a la masa activa del concurso lo que hubiera salido de ella en virtud del mismo.²³⁵

La infracción de las medidas establecidas en el Convenio debe considerarse una modalidad de incumplimiento del mismo, al igual que lo puede constituir también la no atención de los pagos en las cuantías y plazos establecidos. No obstante, algún autor ha planteado qué ocurre cuando el acto contrario a las medidas permita liquidar íntegramente la deuda derivada del Convenio. En este caso, se ha de compartir la tesis de considerar inocua la infracción al haber desaparecido el interés protegido.²³⁶

²³⁴ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.295-1.296.

²³⁵ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, E., «Comentarios Artículo 321», en Ob, Cit., p.p. 877-881.

²³⁶ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.299-1.300.

4.5.2. Deber de información

El art. 400 TRLC (anterior art. 138 LC) impone la obligación al deudor de informar semestralmente sobre el cumplimiento del Convenio desde la fecha de eficacia total o parcial de la Sentencia aprobatoria del Convenio. En los supuestos de eficacia provisional del Convenio deberá cumplirse con dicho deber igualmente, pues lo que pretende la norma es controlar su grado de cumplimiento. El antiguo artículo 138 LC marcaba el inicio del deber a la fecha de la Sentencia aprobatoria del Convenio. No obstante, se consideró más acertado vincular el inicio del deber no a la fecha de la Sentencia aprobatoria, sino al de la eficacia del Convenio.

Esta obligación constituye un deber legal que, no obstante, no viene revestido de sanción para el caso de incumplimiento, planteándose el problema de determinar qué ocurre en los casos, nada infrecuentes en la práctica judicial, en los que el concursado incumple su obligación de informar al Juez del concurso cada seis meses del grado de cumplimiento del Convenio. Considero que la respuesta al interrogante no ha de buscarse en la normativa concursal, en la que quedaría residenciada en el ámbito de la culpabilidad concursal y por el momento en el que se produce el incumplimiento difícilmente tendría consecuencia alguna, y sí, en cambio, en la normativa procesal civil. En tal sentido, la aplicación del artículo 247.3 LEC ofrece una solución adaptada al supuesto examinado, si consideramos que la actuación del concursado ha quebrado las reglas de la buena fe procesal, para lo que sería exigible que, previamente, el órgano judicial hubiera requerido expresamente al concursado para que diera cumplimiento a tal exigencia legal, con expresa advertencia de multa en caso contrario.²³⁷

Como se apuntará, otras consecuencias derivadas del incumplimiento de este deber podrían ser examinadas en sede de calificación, al constituirse la falta de colaboración con el Juez del concurso como una presunción *iuris tantum* de concurso culpable y en el caso de que el informe sí se presentase en plazo pero adoleciera de

²³⁷ Esta es la solución adoptada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Oviedo, con sede en Gijón, en el ámbito del Concurso Voluntario Abreviado número 383/2015, en el que, por Providencia de fecha 22 de Octubre de 2021, el órgano judicial acordó la apertura de pieza separada para imposición de sanción al concursado ante el reiterado incumplimiento -hasta en tres ocasiones- de la obligación fijada en el art. 400 TRLC.

datos inexactos, la infracción ya podría encuadrarse en el art. 443.4º TRLC y pasar a considerarse una presunción *iuris et de iure* de concurso culpable.

No obstante, estas soluciones concursales difícilmente pueden tener lugar en la práctica, pues para ello tendría que continuar abierta la Sección Sexta de calificación transcurridos seis meses desde la apertura de la fase de Convenio y es más que probable que la Sección de calificación haya concluido antes. En efecto, el art. 446 TRLC prevé que en la resolución que apruebe el Convenio se acordará la formación de la Sección Sexta. Por tanto, la Sentencia que aprueba el Convenio determina la producción de efectos del mismo y el primer informe de cumplimiento del Convenio tendrá lugar seis meses después de su aprobación, tramitándose, de forma paralela, la Sección de calificación, que se iniciará con los requerimientos, primero a la Administración Concursal y posteriormente al Ministerio Fiscal, para emitir en el respectivo plazo de 15 y 10 días el informe y el dictamen de calificación, que de ser fortuita, supondrá el archivo de la Sección en un plazo aproximado de dos meses. Por ello, de no concurrir causa de culpabilidad y resultar favorables a la calificación del concurso como fortuito tanto el informe de la Administración Concursal como el dictamen del Ministerio Fiscal, en un breve lapso de tiempo, normalmente inferior a los seis meses apuntados en el art. 400 TRLC, quedará cerrada, mediante Auto irrecurrible, dicha Sección, con lo que el hecho de que, con posterioridad, aparezca una causa de culpabilidad como la señalada, resulta absolutamente irrelevante, a salvo, por supuesto, de que se produzca un incumplimiento del Convenio y ello conlleve, nuevamente, la apertura de la Sección 6ª, en cuyo caso sí podría apuntarse por los legitimados activamente para la calificación las presunciones de culpabilidad indicadas.

En cuanto al ámbito objetivo de este deber, el concursado no debe informar solo acerca del grado y forma de cumplimiento del Convenio por su parte, sino también respecto al cumplimiento o incumplimiento del Convenio por parte de terceros que asumieron obligaciones. Por ello, la información no se limitará a lo que conozca sobre el cumplimiento del Convenio, sino también lo que hubiera debido conocer a causa de su posición.²³⁸ Incluso si el Convenio se encontrase en período de carencia y no tuviese

²³⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 138”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.266.

que haber efectuado ningún pago, será preceptivo dicho informe, aunque sea solo a efectos de informar sobre este extremo.²³⁹ Las medidas que puedan establecerse en el Convenio para asegurar el correcto control del cumplimiento del Convenio no eximen al deudor del cumplimiento de este deber legal.

Puede ocurrir que el deudor no presente el informe, o, en cambio, lo haga de forma tardía. También que el contenido del mismo no se ajuste a la realidad o sea insuficiente para valorar el grado de cumplimiento del Convenio. No parece razonable considerar que el incumplimiento de este deber pueda reputarse como un incumplimiento del Convenio que justifique una declaración en tal sentido.²⁴⁰ Debe tenerse en cuenta que la omisión de este deber no implica necesariamente una falta de diligencia del deudor, pues puede ocurrir que el informe no se haya presentado por causa de fuerza mayor, como puede ser una enfermedad grave. En tal caso, transcurrido el plazo legal para la presentación del informe, el Juez puede requerir expresamente al deudor a solicitud de cualquier interesado. Con independencia de lo anterior, consideramos que la presentación de un informe manifiestamente inexacto con ánimo de tergiversar la realidad a efectos de evitar una declaración de incumplimiento debe considerarse un incumplimiento del mismo, al haberse quebrado la confianza con los acreedores y ser susceptible de agravar la situación de insolvencia.

²³⁹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.303.

²⁴⁰ En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Comentario al artículo 138”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 2.267-2.268; ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.304.

4.5.3. Cumplimiento

Como sabemos, el Convenio afecta a los créditos ordinarios y subordinados que se han visto sometidos al mismo por voluntad de la colectividad, así como a los créditos privilegiados afectados por voluntad de sus titulares o, en su caso, consecuencia del arrastre del crédito privilegiado. Según el art. 401.1 TRLC (anterior art. 139 LC), el concursado, una vez que estime íntegramente cumplido el Convenio, presentará al Juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. Tras un trámite de audiencia de quince días a los acreedores, el Juez, si estimare cumplido el Convenio, lo declarará mediante Auto, al que dará la misma publicidad que a la de su aprobación (art. 401.2 TRLC, anterior art. 139.2 LC).

En efecto, la parquedad del texto no permite dilucidar cuándo debe entenderse cumplido un Convenio. En todo caso, como es evidente, como mínimo debería justificarse el cumplimiento de los créditos afectados por el Convenio, es decir, los ordinarios, subordinados y los privilegiados sometidos al mismo. Pero ¿qué ocurre con los demás créditos privilegiados que quedaron al margen del Convenio? Estamos hablando de créditos reconocidos en el concurso y que gozan de una preferencia de cobro respecto los demás. Si tenemos en cuenta que las normas de la prelación de los créditos son de orden público y no pueden alterarse, la respuesta debe ir en el sentido de que el crédito privilegiado no sometido al Convenio deberá ser satisfecho con anterioridad al crédito ordinario y subordinado, ergo para considerar cumplido un Convenio debería satisfacerse previamente el crédito privilegiado al margen del Convenio.²⁴¹

En cualquier caso, para que se considere cumplido el crédito privilegiado basta con que se satisfagan íntegramente las obligaciones vencidas hasta la fecha, pues la declaración de concurso no produce su vencimiento anticipado.

²⁴¹ En el mismo sentido, ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.305, que considera que *«no parece posible entender que el cumplimiento del Convenio se produce con la simple satisfacción de los créditos afectados por éste, sino que ha de hacerse extensivo a todos los créditos concursales y, por ello, también a los privilegiados»*.

La legitimación para solicitar la declaración de cumplimiento del Convenio corresponde exclusivamente al deudor, sin que pueda instarla la Administración Concursal, los acreedores, terceros asuntadores o ser declarada de oficio. Se ha dicho que dado los efectos que lleva aparejada la declaración de cumplimiento, la solicitud de declaración de cumplimiento del Convenio debe considerarse un «auténtico deber legal».²⁴² Esto es así porque la declaración de cumplimiento del Convenio tiene una serie de efectos jurídicos que van más allá de la extinción de las obligaciones. Por ejemplo, el cese de las medidas limitativas o prohibitivas sobre las facultades de administración y disposición del deudor, o, en su caso, obligaciones que el Convenio pueda haber impuesto a terceros como efectos derivados de su cumplimiento. También dicha declaración reanuda el cómputo de la prescripción de acciones contra socios, administradores, liquidadores o auditores de la sociedad concursada, que se interrumpe con el Auto de declaración de concurso.

La solicitud de declaración de cumplimiento debe ir acompañada de un informe donde quede acreditado adecuadamente el cumplimiento del Convenio. Este informe es similar a aquel que el deudor está obligado a presentar semestralmente y debe ir junto con los documentos acreditativos del pago a los acreedores o los que prueben la ejecución de los acuerdos alcanzados (v. gr., conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos). En todo caso, el deudor es libre para anexar los documentos que considere pertinentes en su informe final siempre que el cumplimiento quede justificado adecuadamente. Cuando el número de acreedores sea muy elevado, la documentación acreditativa puede sustituirse por un informe de auditor sobre el efectivo pago a los acreedores concursales en los términos del Convenio.²⁴³ También debe tenerse en cuenta el principio de disponibilidad y facilidad probatoria del art. 217 LEC cuando la prueba del pago o ejecución del acuerdo de un determinado acreedor no pueda ser debidamente acreditado por el deudor.

²⁴² En este sentido, MORILLAS, M. J., “Comentario al artículo 139”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.271. Así, el auto de declaración de cumplimiento permite concluir el concurso y cesar las medidas prohibitivas o limitativas que pudieran establecerse sobre las facultades de administración y disposición del deudor.

²⁴³ MORILLAS, M. J., “Comentario al artículo 139”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.271.

Una vez presentada la solicitud por el deudor se pondrá de manifiesto en la oficina judicial el informe final junto con la documentación acompañada durante el plazo de quince días, para que cualquier acreedor pueda formular las alegaciones que estime oportunas y, en su caso, oponerse a la declaración de cumplimiento.

Recibida la solicitud y transcurrido el plazo de alegaciones, el Juez resolverá sobre la declaración de cumplimiento mediante Auto, al cual se le dará la misma publicidad que al auto de aprobación del Convenio. De no quedar acreditado el cumplimiento del Convenio, el Juez desestimaré la solicitud mediante Auto sin consecuencias para el estado del procedimiento y pudiendo presentar el deudor una nueva solicitud cuando lo estime pertinente. Tanto deudor como acreedores pueden recurrir el Auto en reposición y, en su caso, reproducir la cuestión en la apelación más próxima.

Desde la firmeza del Auto de declaración de cumplimiento se producen una serie de efectos. En primer lugar, la caducidad de la acción de anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas por el Juez para el ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes. En segundo lugar, la declaración de incumplimiento impide a los acreedores adherirse al Convenio en tanto éste ya se ha hecho efectivo.

No obstante, el Auto de cumplimiento de Convenio, por sí solo, no es causa de conclusión del concurso, siendo necesario además que haya transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, se hayan rechazado por resolución judicial firme las que se hubiesen ejercitado (art. 465.3º TRLC).

En cuanto a todo lo relativo al incumplimiento del Convenio y, en particular, al régimen de la solicitud y declaración de incumplimiento y sus efectos, nos debemos remitir a los Capítulos IV, V y VI de esta obra, los cuales tienen como objeto, desde distintas perspectivas, analizar los efectos del incumplimiento del Convenio, lo que a su vez representa otro pilar básico de esta tesis.

5. Especialidades en el procedimiento abreviado y en el concurso consecutivo

Existen además ciertas especialidades en los casos de procedimientos concursales abreviados en los cuales con la solicitud de concurso se haya presentado por el deudor una propuesta anticipada de Convenio. Estas especialidades se regulan en el artículo 529 TRLC, que, en sus tres apartados, contempla una reducción de trámites y recorte de plazos para alcanzar una solución pactada entre deudor y acreedores.

Según su primer apartado, en dichos casos el Juez se pronunciará sobre la admisión a trámite de la propuesta de Convenio presentada por el deudor con su solicitud en el propio Auto de declaración de concurso y la Administración Concursal deberá evaluar la propuesta presentada dentro del plazo de diez días a contar desde la publicación de la declaración de concurso.

La aceptación de la propuesta de Convenio se realizará siempre por escrito y los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta podrán hacerlo hasta los cinco días después de la fecha de presentación del informe de la Administración Concursal (art. 529.2 TRCL).

Finalmente, según el tercer apartado del anterior artículo, dentro de los tres días siguientes a aquel en el que hubiere finalizado el plazo para formular adhesiones, el LAJ verificará si la propuesta de Convenio alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto.

Si la mayoría resultase obtenida, el Juez, inmediatamente después de la expiración del plazo de oposición a la aprobación judicial del Convenio, dictará Sentencia aprobatoria, salvo que se hubiera formulado oposición a dicha aprobación o proceda su rechazo de oficio.

Si hubiera oposición, el LAJ admitirá la demanda y el Juez podrá requerir al impugnante para que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del Convenio.

Por su parte, respecto de los concursos consecutivos, conforme señala el artículo 716 TRLC, de haberse presentado una propuesta anticipada de Convenio, el Juez la

admitirá a trámite en el propio Auto de declaración de concurso o, en caso de concurso declarado a solicitud de acreedor y presentación posterior de esa propuesta, mediante Auto que será dictado inmediatamente. Una vez admitida a trámite, la tramitación de la propuesta anticipada de Convenio será la establecida para el procedimiento abreviado, remitiéndose este precepto, por tanto, al contenido del art. 529 TRLC.

CAPÍTULO III

El Convenio y los créditos privilegiados

1. La extensión subjetiva del Convenio en la Ley Concursal de 2003 respecto los acreedores privilegiados

La aprobación judicial de un Convenio tiene como consecuencia directa la vinculación del deudor y sus acreedores ordinarios y subordinados al mismo, precisamente por haberse obtenido las mayorías necesarias para ello y la sanción por la autoridad judicial. Por tanto, la especial naturaleza del Convenio concursal hace que la decisión de la colectividad impere y afecte tanto a deudor como a los acreedores, «*con independencia de que los titulares de esos créditos se hayan o no adherido o votado a favor de la propuesta del Convenio que fue posteriormente aprobado (...). De tal manera que el derecho de crédito de los acreedores ordinarios (...) se transforma en un derecho de crédito limitado en su cuantía (quita), limitado en su exigibilidad (espera) y limitado en sus vías de ejecución, ya que el acreedor tiene que pasar por las modalidades de satisfacción previstas en el Convenio*».²⁴⁴

Sin embargo, como norma general, los acreedores privilegiados no se ven afectados por el Convenio aprobado por la colectividad. Así se disponía ya en el art. 134.2 LC, cuando afirmaba que *los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del Convenio si hubieran votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable*. Esto se traduce en que los acreedores privilegiados podrán exigir el cumplimiento íntegro de su crédito tras la Sentencia aprobatoria del Convenio, sin aplicación de las quitas y/o esperas previstas, y con un derecho de ejecución separada sobre determinados bienes. En este último caso, la parte no cubierta por la garantía quedará sometida al Convenio en tanto tiene la consideración de crédito ordinario. También existe la opción de que los acreedores privilegiados queden vinculados por el Convenio prestando su adhesión en forma antes de la declaración judicial de cumplimiento; es decir, con posterioridad a su aprobación.

²⁴⁴ SJM n.º 3 de Lugo, de 29 de septiembre de 2006.

2. La reforma del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de Marzo, respecto la valoración de las garantías de los créditos privilegiados

Con carácter previo a analizar la reforma del RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que añade el conocido como «*arrastre de los acreedores privilegiados*», es menester detenerse en la reforma del RD-Ley 4/2014, de 7 de marzo, pues es donde el legislador establece las premisas básicas que posteriormente servirán de fundamento a aquella. En la E. de M. III del citado Real Decreto-Ley puede observarse cuál es el contexto que justifica la reforma, al señalarse el problema que la motiva: «*la dificultad para alcanzar acuerdos entre deudor y acreedores financieros*»; dificultad que no viene causada por la falta de consenso entre deudor y acreedores, «*sino de ciertas rigideces residenciadas principalmente en la normativa concursal y preconcursal*». Por tanto, desde un primer momento se está señalando que la Ley Concursal no está sirviendo a sus objetivos y está obstaculizando la consecución de una solución convenida.

Uno de los puntos en los que se centra la reforma es en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, de manera que se evite en la medida de lo posible la liquidación de la empresa y las consecuencias negativas inherentes a ella. Se trata de depurar el régimen de los acuerdos de refinanciación, novedad introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, toda vez que se detectaron «*una serie de limitaciones en el potencial contenido de los acuerdos, las cuales están cercenando la eficacia y seguridad jurídica necesarias para acometer reestructuraciones financieras en las empresas*»; estas modificaciones «*buscan en definitiva la finalidad de mejora de la posición patrimonial del deudor*» (E. de M. III).

Sin ánimo de detenernos en exceso en los acuerdos de refinanciación, esta reforma modificó el art. 5 bis LC para que la comunicación de iniciación de las negociaciones tenga como efecto la suspensión de las ejecuciones judiciales durante el plazo previsto para llevarlas a cabo, con exclusión de aquellos procedimientos que tengan su origen en créditos de derecho público. Con esta suspensión el legislador pretende fomentar «*una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes*» (E. de M. IV). Otra novedad importante es la extensión a los acreedores

disidentes o no participantes de los efectos del acuerdo de refinanciación, algo similar a lo que el legislador hará con posterioridad en sede de Convenio.

Lo interesante de la reforma legislativa examinada son las modificaciones en relación con los acreedores que dispongan de una garantía real. El legislador se dio cuenta que tal y como estaba configurando el régimen de las garantías reales existía un desajuste entre la teoría y la realidad. En la práctica jurídica es bastante frecuente que el grueso del activo concursal esté hipotecado a favor de los acreedores financieros, suponiendo los acreedores ordinarios una parte menor del total del pasivo. En estos supuestos, pueden ocurrir dos situaciones. La primera, que los acreedores privilegiados se vuelquen en la formación de un Convenio junto al resto de acreedores, de forma que se busca una solución conjunta y convenida que permita mantener la continuidad empresarial y los puestos de trabajo. La segunda, que los acreedores privilegiados se desentiendan de la consecución de un Convenio, pues en todo caso tienen garantizado el cobro de una parte de su crédito con la ejecución separada del bien afecto. En este último caso, el Convenio entre deudor y acreedores ordinarios no va a tener el mismo efecto que tendría si los acreedores privilegiados estuvieran vinculados al mismo, de forma que el Convenio que se podría alcanzar en la práctica no va a permitir la continuación de la actividad empresarial a causa de todo el crédito privilegiado que queda fuera de su efecto.²⁴⁵

En la regulación anterior era frecuente que la condición de acreedor privilegiado especial fuera algo meramente nominal, es decir, muchas veces no suponía una garantía de cobro real en tanto el bien afecto no alcanzaba a cubrir el importe total del crédito, o la garantía se encontraba tan postergada que prácticamente era inexistente. Esta observación la señala el legislador en su E. de M. IV, cuando dice que *«no todos los acreedores con garantía real son de la misma condición. A veces tal circunstancia es un puro nominalismo, puesto que la garantía de la que se dispone es de un rango posterior a otras preferentes o puede recaer sobre un activo de muy escaso valor que cubre una pequeña parte de la deuda, o pueden producirse ambas situaciones simultáneamente»*.

²⁴⁵ En el mismo sentido, COUSO PASCUAL, J. R., «Una reforma concursal consecuente: el RDL 11/2014», en *Revista* 57, 14 de Octubre de 2014. URL: <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/3852-una-reforma-concursal-consecuente-el-rdl-11-2014>

A modo de ejemplo, imaginemos una nave industrial tasada en 100.00 euros que garantiza el cobro de cinco hipotecas de 100.000 euros cada una, de forma que el crédito privilegiado especial asciende a 500.000 euros repartidos entre cinco acreedores distintos. Paradójicamente, la realidad es que existe un bien con cuya realización se obtendrá, como máximo, 100.000 euros, que garantiza una deuda cinco veces mayor a dicho producto. Esto puede dar lugar a situaciones absurdas como multiplicar los créditos privilegiados *ad infinitum* cuando su garantía recae sobre un mismo bien, sin que dicho valor sea vea en absoluto incrementado.²⁴⁶ Esto se traduce en que a cada acreedor privilegiado se le está otorgando un privilegio que no se ajusta a la realidad, dificultando la consecución de un Convenio y la continuidad de la empresa. A mayor abundamiento, en el caso de que los acreedores quisieran cobrar su crédito con la ejecución del bien entregado en garantía, no obtendrían el cobro total del mismo, pues el bien solo alcanzaría a cubrir una pequeña parte, incluso menor de la que hubieran cobrado de haber colaborado en la formación de un Convenio.

En palabras del legislador, *«lo relevante en consecuencia no es tanto realizar una distinción subjetiva, sino una distinción objetiva entre la parte de deuda que está cubierta por el valor real de la garantía y aquella que no lo está, anticipando en cierta medida lo que podría ocurrir en caso de liquidación concursal»* (E. de M IV).²⁴⁷ No

²⁴⁶ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 319. Como el autor señala, no debe olvidarse *«que uno de los principios que debe necesariamente regir el concurso es el de la par conditio creditorum y que la extensión indefinida de los privilegios es una contradicción palmaria de dicho principio»*.

²⁴⁷ *«La segunda novedad consiste en dar mayor relevancia y nitidez a una distinción que ya está configurada jurídicamente: aquella que se produce entre obligación principal y obligación accesoria. A veces se difumina dicha distinción, lo cual conduce también a una imperfecta regulación de los acuerdos de refinanciación. Lo que ha ocurrido en el tráfico jurídico y económico es que, a pesar de ser una obligación accesoria, la garantía ha adquirido un valor hasta cierto punto abstraído de la obligación principal, debido a su progresiva espiritualización, a su intangibilidad y a la posibilidad de transmisión del objeto de la garantía sin merma de la misma. Pero no puede perderse de vista que la garantía lo es siempre de una obligación principal y que, aunque el valor de la segunda dependa, también y entre otros, del valor de la primera, cada una conserva su esencia y características propias. Por ello, si la*

puede considerarse que se esté recortando el crédito garantizado, sino que con la determinación del valor de la garantía se está valorando de forma diferenciada el derecho principal del derecho accesorio. En ningún caso se está cuestionando el derecho principal, sino aclarando qué parte del mismo se beneficiará del accesorio y cuál no. La parte del crédito que no resulte garantizado, tendrá la calificación que corresponda según su naturaleza.²⁴⁸

Si bien estas modificaciones se hacen en sede de acuerdos de refinanciación, de forma que, en concordancia con lo anterior, se prevé la posibilidad de extender los efectos de acuerdo a determinados acreedores con garantía real, el legislador deja sentada la premisa que motivará la reforma posterior del RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, con la que reducirá el peso específico de los acreedores con privilegio especial de carácter real en el concurso.

deuda principal puede ser afectada en caso de no tener cobertura de garantía real por el acuerdo de una mayoría muy cualificada de otros acreedores, la deuda cubierta con garantía real debe poder ser también afectada, siempre que el acuerdo mayoritario se adopte en este caso con mayorías cualificadas aún más elevadas pero computadas sobre el total de las garantías, es decir, por titulares de deuda garantizada que se encuentren en una situación similar a la del disidente o no participante en el acuerdo» (E. de M. IV).

²⁴⁸ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 319.

3. La reforma del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal: el arrastre de los créditos privilegiados

Como hemos visto, el RD-Ley 4/2014, de 7 de marzo, estableció una premisa que serviría de fundamento a ulteriores reformas: la consideración que la continuidad de la actividad empresarial en las empresas económicamente viables es la solución más beneficiosa para la sociedad. Correlativamente, se acomoda el privilegio jurídico de los acreedores a la realidad económica subyacente, que hasta el momento se había erigido como el obstáculo principal para alcanzar un acuerdo preconcursal. El RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, así como posteriormente la Ley 9/2015, de 25 de mayo, son la extensión de las premisas anteriores pero esta vez respecto del Convenio concursal. Igualmente, en aras a favorecer la continuidad empresarial se adoptan una serie de medidas destinadas a facilitar la transmisión de la unidad productiva en el seno del concurso de acreedores.

En primer lugar, en consonancia con lo dicho hasta ahora, el legislador introduce unos criterios de valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial para ajustar este privilegio a la realidad económica. A estos efectos, se añade un apartado tercero en el art. 90 LC, en los siguientes términos: *El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.* Y también un apartado 5 al art. 94 LC: *A los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado.*

Con esta regla de valoración de la garantía, el legislador pretende reducir el peso específico de los acreedores con privilegio especial de carácter real en el concurso y

conseguir una mayor sujeción al Convenio, tanto en la parte del crédito no cubierta por los nueve décimos del valor razonable de la garantía, como en aquella parte que aún conserva su condición de privilegiado.²⁴⁹

A este criterio de valoración de las garantías, que pretende hacer partícipes de la formación del Convenio a los acreedores privilegiados, se le añade una ampliación del quórum de la junta de acreedores, atribuyendo derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían, lo que beneficia también la participación de los acreedores en la formación del Convenio y resta poder a los acreedores privilegiados si tenemos en cuenta la nueva posibilidad de arrastre del crédito privilegiado.

En efecto, la novedad más importante del RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, es el mecanismo de arrastre del crédito privilegiado (art. 134.3 LC). Este supone una excepción a la regla general del art. 134.2 LC y consiste en la posibilidad de que los acreedores privilegiados queden forzosamente vinculados al Convenio cuando se den los siguientes requisitos: la concurrencia de unas mayorías y que el acuerdo haya sido adoptado por acreedores de una misma clase. La mayoría que debe concurrir tiene carácter reforzado y es del 60 % cuando la propuesta de Convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. Será necesaria una mayoría del 75 %, en cambio, cuando la propuesta de Convenio contenga

²⁴⁹ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 319. En este sentido, en la E. de M. III se dice lo siguiente: «*De este modo se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales. Parece, en efecto, difícil cuestionar que para obtener el verdadero valor de una garantía es necesario deducir del valor razonable del bien sobre el que ésta recae el importe de los créditos pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien. También parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que esté constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje.*».

esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; quitas superiores a la mitad del importe del crédito; o la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y las demás medidas previstas en el art. 100 LC.

Cabe señalar que la Ley 9/2015, de 25 de mayo, viene a poner fin a una duda interpretativa que generaba la nueva regulación. Cuando concurrían los requisitos para que el crédito privilegiado se viera arrastrado *ex art. 134.3 LC* pero posteriormente se producía un incumplimiento del Convenio, existía la duda de si se mantenía el sacrificio del 10 % a favor del concurso si el precio obtenido con la venta del bien era superior al privilegio especial reconocido, pero igual o inferior al valor de la garantía original. El legislador con el fin de respetar en la mayor medida posible el verdadero valor de la garantía establece *«que, si llegado el caso, el acreedor con privilegio, que hubiera votado a favor de un Convenio o se hubiera visto arrastrado por él, tiene que ejecutar la garantía, se hará con el montante total obtenido que no exceda del crédito originario»*, a cuyo efecto se modifica el art. 140.4 LC (E. de M. III).

Como hemos podido apreciar, el artículo 134.3 LC precisa que los acreedores privilegiados quedarán vinculados por el Convenio si concurren las mayorías establecidas de *«acreedores de su misma clase, según el artículo 94.2»*

Pues bien, el artículo 94.2 LC, tras la redacción dada por el Real Decreto Ley 11/2014 y la Ley 9/2015, introduce la distinción entre acreedores privilegiados (generales o especiales) laborales, públicos, financieros y restantes.

Siendo así, para que pueda producirse el arrastre deberemos distinguir entre las cuatro categorías antes mencionadas, de forma que *«no será necesario que concurren mayoría en cada una de ellas para que puedan quedar obligados todos, sino que se discrimina según la clase»*. *«El preámbulo deja patente que se ha querido distinguir entre clases para evitar que los acreedores con privilegio mayoritarios, que por lo que expone deben ser los financieros y los restantes, lleguen a imponer al crédito privilegiado público o laboral que pasen por el Convenio»*²⁵⁰. Además, el apartado tercero del artículo 134 de la LC también distingue según el crédito cuente con

²⁵⁰ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Extensión subjetiva del Convenio: el “arrastre” de los acreedores privilegiados», en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2016, 30 de diciembre de 2015, p. 6.

privilegio especial o general a efectos del cómputo; de este modo, según los últimos dos párrafos del precepto: *«En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase.»* y *«En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase.»*

De otro lado, debemos precisar otro presupuesto necesario para que pueda operar el artículo 134.3 de la LC (el arrastre de la minoría por la mayoría de los créditos privilegiados), cual es que el Convenio haya sido aprobado según las mayorías recogidas en el artículo 124 LC por los acreedores ordinarios; *«así se desprende del art. 134.3 LC cuando explica que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior», es decir, el art. 134.2 LC, que regula la participación del acreedor privilegiado en la aprobación del Convenio o su posterior adhesión, por lo que presupone que el contenido preceptivo del Convenio se ha aprobado»*²⁵¹

En último lugar, cabe plantearse si los acreedores privilegiados “arrastrados” tienen derecho a oponerse a la aprobación judicial del Convenio según lo dispuesto en el artículo 128.1 de la Ley Concursal, precepto que no había sido objeto de modificación en las reformas anteriores.

Según dicho artículo, *«Estarán activamente legitimados para formular dicha oposición la Administración Concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de Convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de Convenio o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella.»*

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2014 no era cuestionable la falta de legitimación activa por parte de los acreedores privilegiados, dado que no les afectaba el Convenio, a no ser que hubiesen votado voluntariamente a su favor.

²⁵¹ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., ob. cit., p. 6.

Entiende este autor que tras las reformas aquí tratadas debería de reconocerse legitimación activa también a los acreedores privilegiados que hayan sido “arrastrados” “contra su voluntad”²⁵².

²⁵² En el mismo sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., ob. cit., p. 8. *«en caso de que las votaciones hubieran supuesto tanto la aprobación del contenido obligatorio del Convenio como el arrastre de los créditos de su clase y privilegio, la aprobación judicial acarrea su vinculación a las previsiones del Convenio, lo que propicia su legitimación para oponerse en los mismos términos que podrían hacerlo el resto de los acreedores legitimados en el art. 128.1 LC»*.

4. La regulación de los efectos del Convenio para con los créditos privilegiados en el Texto Refundido de la Ley Concursal

En esta materia, el Texto Refundido de la Ley Concursal no introduce ninguna novedad de calado. Se limita aquí a lo que su naturaleza le posibilita, a la regularización, aclaración y armonización normativa de lo que ya venía regulado en la Ley Concursal.

El artículo 134 de la LC pasa a subdividirse ahora en el TRLC en dos, los artículos 396 y 397, los cuales regulan, respectivamente, la extensión necesaria del Convenio (acreedores ordinarios y subordinados) y la extensión del Convenio a los créditos privilegiados.

La regulación que nos atañe se traslada ahora al artículo 397 TRLC (anterior artículo 134.2 y 3 de la LC). Salvo ciertas modificaciones de estilo (no se realizan remisiones a otros artículos), el contenido normativo ha quedado inalterado. En el caso de las remisiones al artículo 124.1.a) y b), la misma se incorpora en el propio texto del precepto. De otro lado, si bien ya se acude a la definición de clases de acreedores del artículo 94.2 LC, el contenido de dicho precepto se ha mantenido inalterado en la redacción dada por el artículo 287 TRLC.

Sin embargo, en el artículo 396 del TRLC sí se especifica que el Convenio vinculará a los acreedores ordinarios, aunque no se hubieran adherido a la propuesta de Convenio o votado a favor de ella. El nuevo texto también sustituye al artículo 124.3 de la Ley Concursal.

Además, el TRLC también alude expresamente a la posibilidad de que los acreedores privilegiados especiales afectados por el Convenio puedan iniciar o reanudar ejecuciones singulares separadas desde la declaración de incumplimiento del Convenio, pero la supedita expresamente al alcance de la firmeza del Auto que judicialmente así lo declare.

5. Posición consolidada del Tribunal Supremo en la materia

Al examinar la jurisprudencia existente en la materia, obligado resulta remitirse al criterio mantenido por el Excmo. Sr. D. IGNACIOSANCHO GARGALLO, Magistrado del Alto Tribunal, quien al tratar la refundición de la legislación concursal y su adecuación a la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que: *«La ley Concursal tuvo el acierto de regular el acceso a la casación de muchas de las controversias jurídicas surgidas con su aplicación, que ha permitido, a partir de 2009, generar un cuerpo jurisprudencial muy amplio que alcanza a la mayoría de las instituciones concursales»*²⁵³.

Pues bien, como hemos tenido ocasión de tratar, el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal ha podido recoger parte de esa jurisprudencia en su ánimo armonizador.

Como ejemplo, directamente aplicable a la materia de estudio, el nuevo artículo 272 TRLC se hace eco de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo 227/2019, de 11 de abril, al establecer que el límite del privilegio especial al valor razonable del bien o derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía sólo será aplicable a efectos del Convenio, no en caso de liquidación: *“La "deuda originaria" se refiere a la que estaba cubierta por la garantía, lo que supone excluir expresamente la limitación de la deuda al valor de la garantía, conforme a lo previsto en los arts. 90.3 y 94.5 LC. La limitación del privilegio especial al valor de la garantía opera esencialmente en relación con el Convenio. Respecto de la liquidación, hay que estar a lo previsto en la norma especial, en este caso el art. 155 LC. Si, como es el caso, el apartado 5 del art. 155 LC contiene una previsión sobre lo que tiene derecho a cobrar el acreedor con privilegio especial con respecto a lo obtenido con la realización del bien afecto a su privilegio, que es ajena al límite del valor de la garantía, pues se refiere a la "deuda originaria", carece de sentido integrar la disposición transitoria especialmente prevista para la norma que introduce la nueva redacción del art. 155 LC, con la que se refiere a la norma que regula la limitación del privilegio especial al valor de la garantía.”*

²⁵³ SANCHO GARGALLO, I., en ob. cit., p. 3.

De otro lado, también podemos mencionar la positivización de la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2016. En efecto, en el nuevo texto del artículo 396.1 se especifica ahora que el contenido del Convenio vinculará a los acreedores, aunque no se hubieran adherido a la propuesta de Convenio o votado a favor de ella, o aunque por cualquier causa, no hubieran sido reconocidos.

Es sabido que la jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico, interpretando y aplicando las diferentes fuentes del Derecho (artículo 1.6 del Código Civil). Pues bien, es en la propia Exposición de Motivos del TRLC (E. de M. II) donde se establece que “*el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes*”; por tanto, el Texto Refundido debería ser compatible con la jurisprudencia vigente emitida hasta la fecha de la refundición.

En palabras del mismo SANCHO GARGALLO, incluso “*si no se incorpora [la jurisprudencia anterior], no por ello deja de operar y cumplir su función.*”²⁵⁴

Eso sí, es evidente que la jurisprudencia que se emite en interpretación de una norma legal deja de ser relevante en el momento en el que se reforma sustancialmente dicha normativa. Eso ocurriría, en este caso, con la jurisprudencia que interpretara el alcance de la extensión del Convenio a los acreedores privilegiados tras entrada en vigor del Real Decreto Ley 11-2014, de 5 de septiembre de 2014.

En este apartado nos parece importante resaltar la figura jurisprudencial de los “créditos no concurrentes”, por cuanto podría tener implicaciones también respecto de los créditos privilegiados. Se trata de créditos anteriores a la declaración del concurso pero que, por razones diversas, no han sido reconocidos. A efectos del concurso no se tienen en cuenta dichos créditos y los acreedores que los titulen no podrán ser reintegrados con cargo a la masa, si bien sí se podrán reconocer posteriormente al margen del concurso; así, sólo podrán ser satisfechos una vez concluido el concurso y

²⁵⁴SANCHO GARGALLO, I., ob. cit., p. 6.

una vez satisfechos los demás créditos concurrente. No obstante, incluso a estos créditos les son de aplicación las consecuencias derivadas de la eficacia del Convenio.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 655/2016, de 4 de noviembre, *“Aquellos créditos que por no verse recogidos en los textos definitivos, en concreto, en el de la lista de acreedores, no puedan considerarse concurrentes, no resultan extinguidos (salvo que la causa de esa no inclusión sea que así se haya declarado al resolver el incidente de impugnación de la lista de acreedores), pero no pueden ser satisfechos en el concurso con cargo a la masa activa. Su satisfacción, de ser posible, habrá de producirse una vez concluido el concurso, ya sea con el remanente de la liquidación o con los nuevos bienes que pudieran entrar en el patrimonio del concursado una vez concluida la liquidación y con ella el concurso (art. 178 de la Ley Concursal), o, en caso de Convenio, una vez declarado el cumplimiento del mismo, si bien en tal caso el crédito sufrirá las quitas acordadas en el Convenio (art. 134.1 de la Ley Concursal)”*.

Este autor entiende que lo anterior también aplicaría a los casos de créditos privilegiados no concurrentes, en el supuesto de que quedasen “arrastrados” por los efectos de lo dispuesto en el artículo 134.3 LC, hoy 397.2 TRLC.

Hasta la fecha, el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión a la luz del nuevo artículo 397 TRLC.

En cuanto a la jurisprudencia aplicable a la eficacia del Convenio, ha de hacerse referencia obligada a la STS 229/2016, de 8 de abril, que se ocupa de la figura jurisprudencial del “concurso yacente”. Según dicha resolución del Alto Tribunal, *“Aun cuando desde la eficacia del Convenio cesan los efectos derivados de la declaración de concurso, éste no ha concluido como procedimiento, sino que subsiste en un estado que la doctrina denomina concurso yacente ; entendido como la situación en que se encuentra provisionalmente el procedimiento entre la fecha de la aprobación judicial del Convenio y el auto firme que lo declara cumplido o caducadas las acciones de incumplimiento (provisionalidad que puede extenderse en el tiempo en conexión con los plazos de espera acordados)”*.

Lo anterior significa que, ante un incumplimiento de Convenio y consiguiente apertura de la fase de liquidación, desaparecerían los efectos que el Convenio produce sobre los créditos (incluidos, en su caso, los privilegiados). Sin embargo, si el Convenio se cumple parcialmente, en la liquidación se tendrán por legítimos los pagos parciales efectuados (salvo que se prueba la existencia de fraude, contravención del Convenio o alteración de la *par conditio creditorum*; únicamente si el Convenio se cumple íntegramente, los créditos quedarán definitivamente extinguidos²⁵⁵.

Asimismo, también podemos mencionar el cese de la prohibición de compensación de créditos con la eficacia del Convenio, según confirma la STS 647/2019, de 20 de noviembre, lo que podría afectar también a créditos privilegiados.

Finalmente, debe traerse a colación, por su importancia en la materia examinada, a pesar de que no constituye jurisprudencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 446/2019, de 24 de julio, la cual, al ocuparse del asunto de la alteración de la clasificación de los créditos una vez aprobado un Convenio, argumenta lo siguiente: *“Si a través del Convenio concursal no puede alterarse la calificación de los créditos concursales, menos viabilidad puede tener el intento de modificación a través de la negociación individual entre deudor y acreedor. En lo que ahora interesa, resulta contrario a esta interpretación permitir la alteración de la calificación de créditos concursales reconocidos en el concurso de acreedores, y afectados en su condición de ordinarios por un Convenio concursal, mediante la negociación de garantías pignoraticias con las que pudiera pretenderse el efecto de convertir un crédito ordinario en un crédito con privilegio especial para el caso de incumplimiento del Convenio y ulterior apertura de la fase de liquidación. Los créditos reconocidos en el proceso concursal como ordinarios no pueden mutar, por actos jurídicos realizados durante la vigencia y eficacia del Convenio, en otro tipo de créditos mejorando su situación respecto de otros acreedores. Ni siquiera los nuevos créditos que puedan surgir durante dicho periodo podrán tener otra consideración que no sea de créditos contra la masa, como se ha señalado. Es decir, tales garantías son inocuas, no pudiendo afectar al concurso.”*

²⁵⁵ En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la STS 229/2016, de 8 de abril de 2016.

CAPÍTULO IV

El incumplimiento del Convenio: análisis cuantitativo y estadístico

1. Introducción

En este Capítulo van a ser expuestas las estadísticas relativas a los Convenios concursales de los últimos 10 años aproximadamente, a partir de los datos oficiales de los que disponemos. En concreto, analizaremos los datos sobre las características de los Convenios y sobre la recuperación del crédito, estudiando la naturaleza financiera de los planes de pagos para valorar las expectativas de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios.

Respecto el contenido del Convenio en lo relativo a las quitas y esperas, debemos recordar que con anterioridad al RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, así como de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que convalida posteriormente el grueso de las disposiciones de aquel, las proposiciones de quita y espera tenían unos límites en cuanto a su contenido. Así, las proposiciones de quita no podían exceder de la mitad del importe del crédito ordinario ni las esperas de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial aprobatoria del Convenio. No obstante, cuando los concursos fueran de especial trascendencia para la economía, el Juez del concurso podía autorizar motivadamente la superación de dichos límites. La aprobación de un Convenio dentro de estos límites necesitaba el apoyo de acreedores que representasen el 50 % del pasivo ordinario. La supresión de dichos límites ha hecho que se mantenga dicha mayoría cuando el Convenio a aprobar contenga proposiciones dentro de los límites tradicionales, pero se ha previsto una nueva mayoría del 65 % del pasivo ordinario cuando las quitas sean superiores a la mitad del importe del crédito y/o las esperas superen los cinco años y hasta los diez.

2. Estadísticas según las características de los Convenios

En el análisis cuantitativo de los incumplimientos de Convenios concursales resulta imprescindible la utilización de las herramientas estadísticas, permitiéndonos alcanzar conclusiones con los datos obtenidos. Por ello, previamente a valorar el contenido financiero del Convenio concursal acordado entre el deudor y sus acreedores, se expondrán diferentes datos estadísticos referidos al número de Convenios aprobados en los últimos años, así como la diferencia entre los Convenios anticipados y los Convenios aprobados en Junta de acreedores.

2.1. Convenios por identidad del solicitante del concurso

En la siguiente tabla (*Tabla 1*) se recopila una comparativa del número de Convenios aprobados según la declaración de concurso haya sido instada por un acreedor (concurso necesario) o por el propio deudor (concurso voluntario).

Año	Solicitante	Número	Porcentaje
2006	Acreedores (concurso necesario)	2	3,17
	Deudor (concurso voluntario)	61	96,83
	Total	63	100
2007	Acreedores (concurso necesario)	0	0
	Deudor (concurso voluntario)	77	100
	Total	77	100
2008	Acreedores (concurso necesario)	5	7,58
	Deudor (concurso voluntario)	61	92,42
	Total	66	100
2009	Acreedores (concurso necesario)	0	0
	Deudor (concurso voluntario)	106	100
	Total	106	100
2010	Acreedores (concurso necesario)	3	1,01
	Deudor (concurso voluntario)	294	98,99
	Total	297	100
2011	Acreedores (concurso necesario)	7	2,4
	Deudor (concurso voluntario)	280	97,6
	Total	287	100
2012	Acreedores (concurso necesario)	9	2,86
	Deudor (concurso voluntario)	306	97,14
	Total	315	100
2013	Acreedores (concurso necesario)	8	1,99
	Deudor (concurso voluntario)	394	98,01
	Total	402	100
2014	Acreedores (concurso necesario)	9	1,91
	Deudor (concurso voluntario)	461	98,09
	Total	470	100
2015	Acreedores (concurso necesario)	9	2,22
	Deudor (concurso voluntario)	397	97,78
	Total	406	100
2016	Acreedores (concurso necesario)	10	3,8
	Deudor (concurso voluntario)	252	96,2
	Total	262	100
2017	Acreedores (concurso necesario)	6	2,9
	Deudor (concurso voluntario)	203	97,1
	Total	209	100
2018	Acreedores (concurso necesario)	6	3,2
	Deudor (concurso voluntario)	183	96,8
	Total	189	100
2019	Acreedores (concurso necesario)	6	3,8
	Deudor (concurso voluntario)	154	96,3
	Total	160	100
2020	Acreedores (concurso necesario)	6	6,7
	Deudor (concurso voluntario)	83	93,3
	Total	89	100

Tabla 1. Convenios por identidad del solicitante del concurso

Fuente: Registradores de España).

Como puede observarse, la mayoría de los Convenios concursales tramitados en los últimos quince años en nuestro país van referidos a concursos voluntarios, sobrepasando en todos los ejercicios anuales el 90 %, alcanzando en algún caso el 100 %, mientras que el porcentaje de concursos necesarios en los que se ha alcanzado un Convenio concursal ha sido ínfimo, nunca superior a un 8 %. Esto no solo se explica por el hecho de que el número de declaraciones de concursos iniciados a instancia de los acreedores es sensiblemente menor (*Tabla 2*), sino también porque la aprobación de un Convenio normalmente viene precedida por la iniciativa del deudor instando el concurso. Los datos reflejan que cuando la iniciativa del concurso proviene de los acreedores es prácticamente imposible la consecución de un Convenio.

Año	Voluntario	Necesario	Total
2012	8.222	504	8.726
2013	9.204	456	9.660
2014	6.581	457	7.038
2015	5.135	375	5.510
2016	4.421	333	4.754
2017	4.472	359	5.131
2018	5.287	348	5.635
2019	7.332	440	7.772
2020	8.321	341	8.662

Tabla 2. Número de concursos por año y tipo (*Fuente: INE*).

Debe apuntarse que no parece que el privilegio del acreedor instante del concurso del art. 280.7º del TRLC, que otorga la calificación de crédito con privilegio general a la mitad del importe de los créditos de los que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, haya producido un aumento significativo en el número de concursos necesarios. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, este privilegio se limitaba a la cuarta parte de su importe. En cualquier caso, el leve incremento en el número de concursos necesarios desde el año 2011 no tiene su causa en el privilegio del acreedor instante, sino en el aumento total del número de concursos.

2.2. Convenios según el autor de la propuesta

Relacionado con lo anterior, en la siguiente tabla (*Tabla 3*) pueden verse los Convenios aprobados según el proponente. Resulta evidente que no solo la iniciativa de la declaración de concurso proviene del deudor, sino también la proposición del Convenio, siendo escasos los acreedores que presentan una proposición de Convenio. No obstante, debe subrayarse que las siguientes estadísticas parten de la premisa de que el Convenio ha sido aprobado, por lo que desconocemos si existe una diferencia porcentual en cuanto a las propuestas de Convenio que son presentadas, pero que finalmente no resultan aprobadas. En cualquier caso, por lo general, será el deudor quien se encontrará en una mejor posición para presentar una propuesta de Convenio con las condiciones que estime adecuadas, pues a él le incumbe su cumplimiento y es quien mejor conoce su situación económica.

Año	Deudor	Acreedor/es	Total
2006	54	4	58
2007	72	1	73
2008	62	2	64
2009	102	0	102
2010	294	1	295
2011	286	1	287
2012	315	0	315
2013	402	0	402
2014	434	2	436
2015	351	25	376

Tabla 3. *Convenios según autor de la propuesta*

(Fuente: Registradores de España)²⁵⁶.

²⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que, a partir del año 2016, en los anuarios de estadísticas concursales se han dejado de publicar estos datos.

En efecto, parece que en los últimos años (al menos hasta el inicio de la pandemia de la COVID 19) el número de procedimientos concursales se ha visto reducido sustancialmente, ya sea por el fin de la crisis económica ya sea por la introducción de institutos preconcursales como alternativas al concurso, pero, en términos proporcionales y correlativamente, se ha producido un aumento considerable del número total de Convenios aprobados. Por primera vez parece ser que el Convenio —que en teoría es la solución normal del concurso— va tomando relevancia como alternativa a la liquidación, si bien aún lejos de convertirse en una alternativa real.

Por otro lado, tenemos que señalar que el repunte en el año 2015 se debe, básicamente, a que 9 Convenios de los 25 corresponden a empresas de un mismo grupo. Desafortunadamente, no tenemos datos de los años posteriores para verificar si, efectivamente, la proposición de Convenios por parte de los acreedores se mantiene en alza —si bien de las estadísticas que se expondrán a continuación parece ser que es así—. Con todo, hemos de recordar que el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, así como la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que convalida gran parte de sus disposiciones, introducen varias modificaciones a la regulación del Convenio concursal; entre ellas las nuevas reglas de valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial y la ampliación del quórum de la Junta de acreedores, reconociéndose derecho de voto a sujetos que lo tenían privado anteriormente, así como el nuevo mecanismo de arrastre del crédito privilegiado. Con estas modificaciones el legislador pretende involucrar a más acreedores en la tramitación del Convenio, entre los que se encuentran los acreedores privilegiados, que muchas veces se desentendían del mismo al no verse vinculados por el Convenio aprobado. Puede decirse, pues, que una de las causas de este aumento de los Convenios aprobados han sido las reformas introducidas por el legislador²⁵⁷.

²⁵⁷ Respecto de todo lo anterior, se ha de tener en cuenta que, en cuanto a las estadísticas del último año 2020, las mismas están, inevitablemente, afectadas por la llegada de la pandemia de la COVID 19 y la normativa especial y temporal que ha ido entrando en vigor durante la duración de la misma, tal y como hemos podido analizar en el Capítulo I.

2.3. Convenios según el mecanismo de aprobación

El Convenio puede tramitarse de forma anticipada u ordinaria. En el primer caso, la ley permite al deudor desde el momento de la solicitud del concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, presentar ante el Juez una propuesta anticipada de Convenio. De esta forma, el legislador pretende facilitar la aprobación del Convenio y reducir los recursos y la demora del procedimiento. En el segundo caso, tanto deudor como acreedores pueden presentar propuesta de Convenio una vez ha expirado el plazo para la comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores. Igualmente, el deudor puede mantener la propuesta de Convenio anticipada que presentó anteriormente y que no fue aprobada por no alcanzar las adhesiones suficientes. Asimismo, cuando en el supuesto anterior no se hubieran presentado propuestas de Convenio, la ley otorga una segunda oportunidad para ello, pudiendo presentarla tanto el deudor como los acreedores desde la convocatoria de la Junta de acreedores hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración.

En la siguiente tabla (*Tabla 4*) se muestra una comparativa de las propuestas de Convenio anticipadas y las de tramitación ordinaria que han sido aprobadas en los últimos años. Como puede observarse, menos de una cuarta parte de los Convenios aprobados lo son de manera anticipada, lo que evidencia las dificultades para conseguir las adhesiones suficientes o los riesgos que entraña, sobre todo antes de la declaración de concurso.²⁵⁸

²⁵⁸ Como dijimos, presentar una propuesta de Convenio anticipado junto con la solicitud de concurso voluntario implica, en la mayoría de los casos, dar a conocer con carácter previo la situación de insolvencia de la empresa, lo que puede tener como consecuencia el inicio de ejecuciones singulares por parte de los acreedores, que, por lo general, no quedarían suspendidas hasta que se produjera dicha declaración.

Año	Propuesta anticipada	%	En fase sucesiva	%	Total
2006	13	22,42	45	77,59	58
2007	18	25,35	53	74,65	71
2008	9	13,35	56	86,15	65
2009	22	21,8	79	78,2	101
2010	45	15,31	249	84,69	294
2011	41	14,3	245	85,7	286
2012	37	11,78	277	88,22	314
2013	66	16,42	336	83,58	402
2014	42	9,7	391	90,3	433
2015	25	6,78	344	93,22	369
2016	32	13,4	206	86,6	238
2017	16	8,7	168	91,3	184
2018	20	11,8	149	88,2	169
2019	15	9,6	142	90,4	157
2020	12	13,5	77	86,5	89

Tabla 4. Convenios según mecanismo de aprobación

(Fuente: Registradores de España).

3. Estadísticas relativas a la expectativa de cobro de los acreedores

En este epígrafe vamos a analizar algunos datos relativos a la recuperación del crédito de los acreedores ordinarios a partir de los datos a los que se ha podido tener acceso sobre el contenido de los Convenios. En concreto, se van a exponer las expectativas de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios en base a la información sobre el contenido del Convenio de los años 2006, 2010, 2014, 2018, 2019 y 2020. Debe señalarse que el valor que se muestra a continuación se ha calculado empleando como tasa de actualización el Tipo de Interés que los bancos ofrecen a las sociedades no financieras para nuevas operaciones, préstamos y créditos hasta un millón de euros.

3.1. Año 2006

Respecto a este año son 43 los Convenios cuyo contenido sobre la propuesta de quita y/o espera ha podido conocerse y sobre los que se ha calculado el valor actual para los acreedores ordinarios de recuperación del crédito. En dos ocasiones, los Convenios no permitieron calcular dicho valor actual debido a su contenido, por ejemplo, por contemplar la conversión de créditos o participaciones sociales. No se ha podido conocer el contenido de 19 Convenios, por lo que en total en un 67,19 % de los casos se ha dispuesto de información sobre la quita y/o espera pactada entre deudor y acreedores, como se muestra en el siguiente gráfico (*Gráfico 1*).

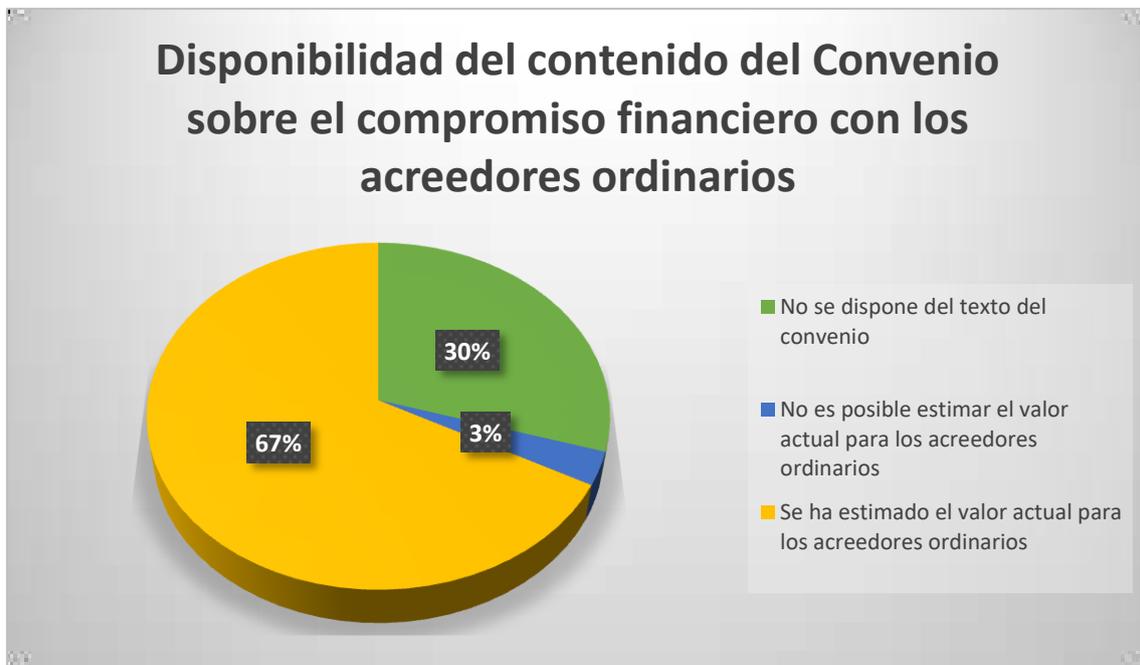


Gráfico 1. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiera con los acreedores ordinarios en el año 2006

(Fuente: Registradores de España).

Según el cálculo del valor actualizado²⁵⁹ de los compromisos de pago asumidos por la concursada en el Convenio hecho según la metodología anteriormente indicada, el promedio de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios es del 57,4 % mientras que la mediana es del 56,81 %, según las conclusiones obtenidas a partir de los 43 Convenios analizados. En el siguiente gráfico (*Gráfico 2*) puede observarse una relación entre la pérdida y recuperación del crédito ordinario. En consecuencia, en el año 2006 los acreedores ordinarios afectados por los Convenios aprobados perdieron un 42,6 % del crédito aproximadamente.



Gráfico 2. *Expectativas de recuperación del crédito en el año 2006*

(Fuente: Registradores de España).

²⁵⁹ La Tasa de actualización es el TAE correspondiente al mes de Enero del año de inicio del procedimiento para nuevas operaciones, préstamos y créditos hasta un millón de euros realizados por los bancos a las sociedades no financieras (Fuente: Tabla 18.7. Boletín Estadístico. Banco de España).

No se observan diferencias sustanciales en cuanto a la expectativa de recuperación del crédito según el mecanismo de aprobación del Convenio, siendo ligeramente superior en los casos de tramitación anticipada que en los de tramitación ordinaria, aunque también aquellos son más infrecuentes (*Tabla 5*).

<i>Año 2006</i>	Propuesta anticipada	Junta de acreedores
Promedio	59,71	56,6
Mediana	56,81	44,76
Observaciones	11	32

Tabla 5. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2006

(Fuente: Registradores de España).

3.2. Año 2010

Continuamos con el análisis de los mismos datos anteriores para el año 2010. En este año fueron 223 los Convenios de los que disponemos información sobre el contenido de la propuesta y que permiten el cálculo del valor actual de la recuperación del crédito para los acreedores ordinarios. Son 74 los Convenios a cuyo contenido no hemos podido acceder y han quedado al margen de las estadísticas, o bien, no permiten cuantificar el valor actual del compromiso de pago. En total, de los 297 Convenios contabilizados para este año hemos dispuesto información sobre la quita y/o espera pactada entre deudor y acreedores en un 75,08 % de ellos (*Gráfico 3*).

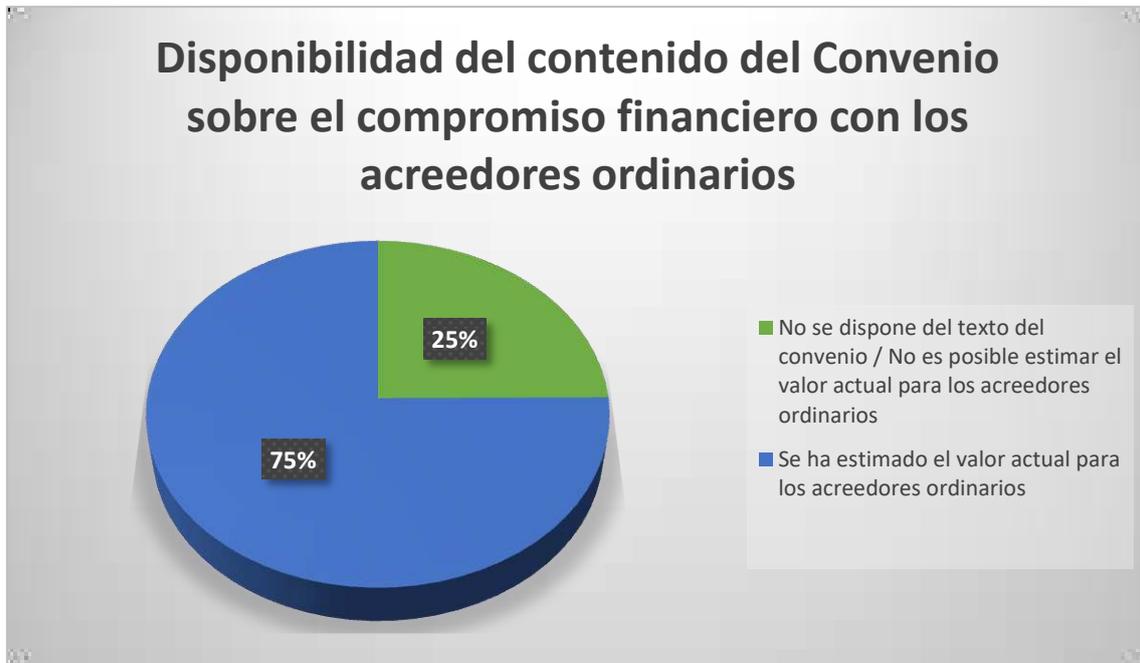


Gráfico 3. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiera con los acreedores ordinarios en el año 2010

(Fuente: Registradores de España).

Según el cálculo del valor actualizado²⁶⁰ de los compromisos de pago asumidos por la concursada en el Convenio hecho según la metodología anteriormente indicada, el promedio de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios es del 54,22 % mientras que la mediana es del 46,80 %, según las conclusiones que sacamos a partir de los 223 Convenios analizados. En el siguiente gráfico (*Gráfico 4*) puede observarse una relación entre la pérdida y recuperación del crédito ordinario. En consecuencia, en el año 2010 los acreedores ordinarios afectados por los Convenios aprobados perdieron un 46 % del crédito aproximadamente.



Gráfico 4. *Expectativas de recuperación del crédito en el año 2010*

(Fuente: Registradores de España).

²⁶⁰ La Tasa de actualización es el TAE correspondiente al mes de enero del año de inicio del procedimiento para nuevas operaciones, préstamos y créditos hasta un millón de euros realizados por los bancos a las sociedades no financieras (Fuente: Tabla 19.7. Boletín Estadístico. Banco de España).

Puede observarse cómo respecto del año 2006 la mediana de la expectativa de recuperación ha disminuido 10 puntos porcentuales, lo que indica que en el año 2010 existe una distribución más sesgada respecto el contenido del Convenio, lo que se traduce en que en una mayor proporción de Convenios las expectativas de cobro son significativamente mejores que el resto.

En relación con lo anterior, no se observan diferencias sustanciales en cuanto a la expectativa de recuperación del crédito según el mecanismo de aprobación del Convenio, siendo ligeramente superior en los casos de tramitación anticipada, esta vez por 5 puntos porcentuales —3 puntos en 2006—, que en los de tramitación ordinaria, aunque también aquellos son más infrecuentes (*Tabla 6*).

<i>Año 2010</i>	Propuesta anticipada	Junta de acreedores
Promedio	58,38	53,34
Mediana	52,65	44,82
Observaciones	39	184

Tabla 6. *Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2010*

(Fuente: Registradores de España).

3.3. Año 2014

En cuanto a este año, son 272 los Convenios cuyo contenido sobre la propuesta de quita y/o espera ha podido conocerse y sobre los que ha calculado el valor actual de la recuperación del crédito de los acreedores ordinarios. Son 198 los Convenios a cuyo contenido no hemos podido acceder y que han quedado al margen de las estadísticas, o bien, sobre los cuales no puede cuantificarse el valor actual de la recuperación del crédito. En total, de los 470 Convenios contabilizados para este año hemos dispuesto información sobre la quita y/o espera pactada entre deudor y acreedores en un 57,87 % de ellos (*Gráfico 5*).

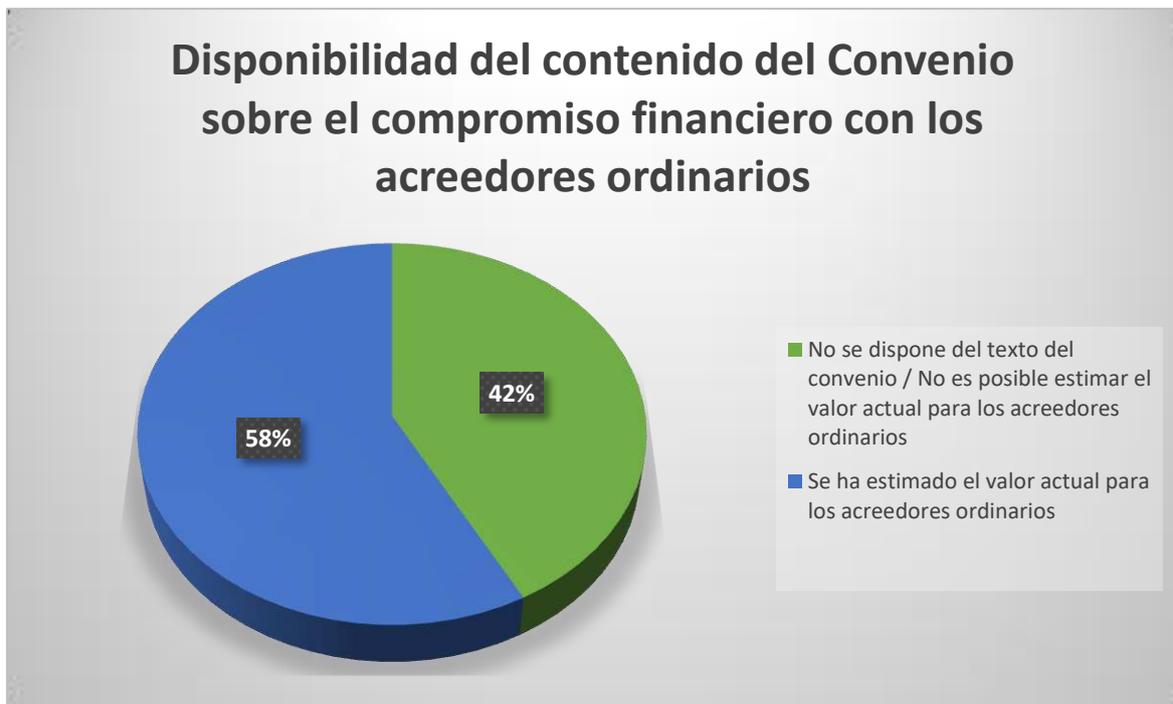


Gráfico 5. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiera con los acreedores ordinarios en el año 2014

(Fuente: Registradores de España).

Según el cálculo del valor actualizado²⁶¹ de los compromisos de pago asumidos por la concursada en el Convenio calculado según la metodología anteriormente indicada, el promedio de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios es del 50,56 % mientras que la mediana es del 44,26 %, según las conclusiones que sacamos a partir de los 272 Convenios analizados. En el siguiente gráfico (*Gráfico 6*) puede observarse una relación entre la pérdida y recuperación del crédito ordinario. En consecuencia, en el año 2014 los acreedores ordinarios afectados por los Convenios aprobados perdieron un 49,44 % del crédito aproximadamente.



Gráfico 6. *Expectativas de recuperación del crédito en el año 2014*

(Fuente: Registradores de España).

²⁶¹ La Tasa de actualización es el TAE correspondiente al mes de enero del año de inicio del procedimiento para nuevas operaciones, préstamos y créditos hasta un millón de euros realizados por los bancos a las sociedades no financieras (Fuente: Tabla 19.7. Boletín Estadístico. Banco de España).

A diferencia de los años anteriores, en 2014 se produce un incremento sustancial de la expectativa de cobro de los acreedores ordinarios en aquellos Convenios que fueron aprobados de forma anticipada, habiendo una diferencia de 20 puntos porcentuales respecto la expectativa de cobro de los acreedores ordinarios afectados por un Convenio aprobado en tramitación ordinaria (*Tabla 7*).

<i>Año 2014</i>	Propuesta anticipada	Junta de acreedores
Promedio	68,58	48,93
Mediana	68,7	44,26
Observaciones	10	185

Tabla 7. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2014

(Fuente: Registradores de España).

3.4. Año 2018

En el año 2018 son 96 los Convenios de los que disponemos información sobre el contenido de la propuesta y que permitan el cálculo del valor actual para los acreedores ordinarios de la recuperación del crédito. Son 93 los Convenios a cuyo contenido no hemos podido acceder y han quedado al margen de las estadísticas, o bien, no permiten cuantificar el valor actual del compromiso de pago. En total, de los 189 Convenios contabilizados para este año hemos dispuesto información sobre la quita y/o espera pactada entre deudor y acreedores en un 50,08 % de ellos (*Gráfico 7*).

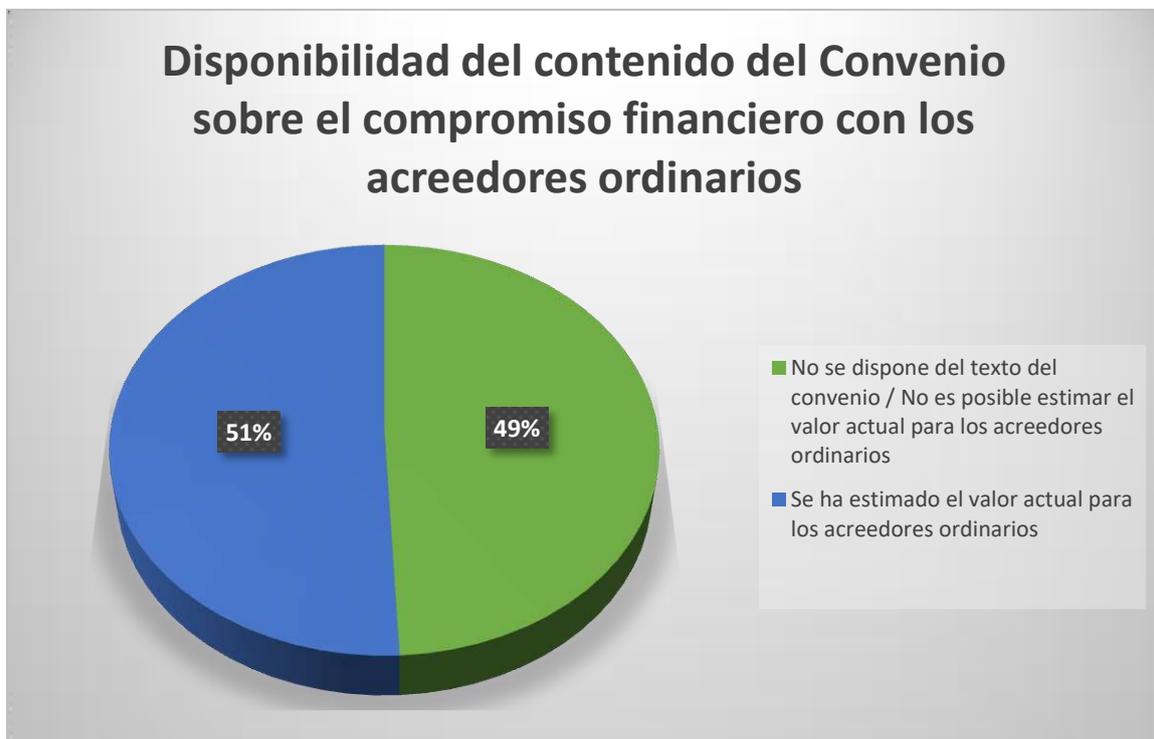


Gráfico 7. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiera con los acreedores ordinarios en el año 2018

(Fuente: Registradores de España).

Según el cálculo del valor actualizado²⁶² de los compromisos de pago asumidos por la concursada en el Convenio hecho según la metodología anteriormente indicada, la mediana de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios es del 47,6 %. En consecuencia, en el año 2018 los acreedores ordinarios afectados por los Convenios aprobados perdieron un 52,4 % del crédito aproximadamente (*Gráfico 8*).



Gráfico 8. *Expectativas de recuperación del crédito en el año 2018*

(Fuente: Registradores de España).

Respecto a este año tenemos datos de las expectativas de recuperación del crédito según percentiles. En valores similares al 47,6 % se mantiene el percentil 25 con

²⁶² La Tasa de actualización es el TAE correspondiente al mes de enero del año de inicio del procedimiento para nuevas operaciones, préstamos y créditos hasta un millón de euros realizados por los bancos a las sociedades no financieras (Fuente: Tabla 19.7. Boletín Estadístico. Banco de España).

un 44,1 %. No obstante, el percentil 75 indica un claro sesgo hacia la derecha de la distribución, donde un porcentaje de acreedores ven mejorado esta expectativa de recuperación de un crédito hasta el 67,6 %. En los extremos de la tabla nos encontramos con que un 5 % de los acreedores ordinarios tienen una expectativa de recuperación igual o inferior al 2,8 %, mientras que otro 5 % recupera su crédito de forma íntegra (Tabla 8).

Percentiles	P5	P25	P50	P75	P95
Recuperación	2,8	44,1	47,6	67,6	100

Tabla 8. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios en el año 2018
(Fuente: Registradores de España).

En 2018 se registra una gran diferencia entre la expectativa de cobro de los acreedores ordinarios afectados por un Convenio anticipado respecto de los afectados por un Convenio aprobado en Junta de acreedores. Siguiendo la línea ascendente que exponíamos en el año 2014, los últimos datos reflejan una diferencia de más de 28 puntos porcentuales. Esto nos lleva a la conclusión de que los deudores que preparan con antelación la salida del concurso se encuentran en una mejor posición para ofrecer condiciones más favorables a sus acreedores (Tabla 9).

Año 2018	Propuesta anticipada	Junta de acreedores
Mediana	75,8	47,2
Observaciones	10	85

Tabla 9. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2018

(Fuente: Registradores de España).

3.5. Año 2019

En el año 2019 son 94 los Convenios de los que disponemos información sobre la quita y/o espera propuesta y que permiten el cálculo del valor actual para los acreedores ordinarios de la recuperación del crédito. Son 66 los Convenios a cuyo contenido no hemos podido acceder y han quedado al margen de las estadísticas, o bien, no permiten cuantificar el valor actual del compromiso de pago. En total, de los 160 Convenios contabilizados para este año hemos dispuesto información sobre la quita y/o espera pactada entre deudor y acreedores en un 58,8 % de ellos (*Gráfico 9*).



Gráfico 9. Disponibilidad de información sobre el compromiso de pagos en los Convenios aprobados en el año 2019

(Fuente: Registradores de España).

Según el cálculo del valor actualizado²⁶³ de los compromisos de pago asumidos por la concursada en el Convenio hecho según la metodología anteriormente indicada, la mediana de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios es del 49,1 %. En consecuencia, en el año 2019 los acreedores ordinarios afectados por los Convenios aprobados perdieron un 50,9 % del crédito aproximadamente (*Gráfico 10*).



Gráfico 10. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2019

(Fuente: Registradores de España).

Respecto a este año, volvemos a tener datos de las expectativas de recuperación del crédito según percentiles. En valores similares al 44,1 % se mantiene el percentil 25 con un 46,3 %. No obstante, el percentil 75 sigue indicando un claro sesgo hacia la

²⁶³ La Tasa de actualización es el TAE correspondiente al mes de enero del año de inicio del procedimiento para nuevas operaciones, préstamos y créditos hasta un millón de euros realizados por los bancos a las sociedades no financieras (Fuente: Tabla 19.7. Boletín Estadístico. Banco de España).

derecha de la distribución, donde un porcentaje de acreedores ven mejorada esta expectativa de recuperación de un crédito hasta el 71,1 %. En los extremos de la tabla nos encontramos con que un 5% de los acreedores ordinarios tienen una expectativa de recuperación igual o inferior al 10 % (lo que ha aumentado de manera significativa respecto al año 2018), mientras que otro 5% recupera su crédito hasta un 96,5 % (ya no de forma íntegra) (Tabla 9).

Percentiles	P5	P25	P50	P75	P95
Recuperación	10	46,3	49,1	71,1	96,5

Tabla 10. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios en el año 2019
(Fuente: Registradores de España).

En 2019 se vuelve a registrar una gran diferencia, esta vez incluso mucho mayor, entre la expectativa de cobro de los acreedores ordinarios afectados por un Convenio anticipado respecto de los afectados por un Convenio aprobado en Junta de acreedores. Siguiendo la línea ascendente que exponíamos desde el año 2014, los últimos datos reflejan una diferencia de más de 51 puntos porcentuales. Esto nos confirma que los deudores que preparan con antelación la salida del concurso se encuentran en una mejor posición para ofrecer condiciones más favorables a sus acreedores (Tabla 10).

Año 2019	Propuesta anticipada	Junta de acreedores
Mediana	92,1	49,1
Observaciones	10	84

Tabla 11. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación del Convenio, año 2019

(Fuente: Registradores de España).

3.6. Año 2020

El año 2020 es el último de los examinados. En dicho año son 45 los Convenios de los que disponemos información sobre la quita y/o espera propuesta y que permiten el cálculo del valor actual para los acreedores ordinarios de la recuperación del crédito. Son 44 los Convenios a cuyo contenido no hemos podido acceder y han quedado al margen de las estadísticas, o bien, no permiten cuantificar el valor actual del compromiso de pago. En total, de los 89 Convenios contabilizados para este año hemos dispuesto información sobre la quita y/o espera pactada entre deudor y acreedores en un 50,6 % de ellos (*Gráfico 10*).



Gráfico 11. Disponibilidad de información sobre el compromiso de pagos en los Convenios aprobados en el año 2020

(Fuente: Registradores de España).

Según el cálculo del valor actualizado²⁶⁴ de los compromisos de pago asumidos por la concursada en el Convenio hecho según la metodología anteriormente indicada, la mediana de recuperación del crédito de los acreedores ordinarios es del 47,6 %. En consecuencia, en el año 2020 los acreedores ordinarios afectados por los Convenios aprobados perdieron un 52,4 % del crédito aproximadamente (*Gráfico 11*).



Gráfico 12. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2020

(Fuente: Registradores de España).

Respecto a este año, también tenemos datos de las expectativas de recuperación del crédito según percentiles. En valores muy similares al 46,3 % se mantiene el percentil 25 con un 46,5 %. De nuevo, el percentil 75 sigue indicando un sesgo, si bien no tan pronunciado, hacia la derecha de la distribución, donde un porcentaje de

²⁶⁴ La Tasa de actualización es el TAE correspondiente al mes de enero del año de inicio del procedimiento para nuevas operaciones, préstamos y créditos hasta un millón de euros realizados por los bancos a las sociedades no financieras (Fuente: Tabla 19.6. Boletín Estadístico. Banco de España).

acreedores ven mejorada esta expectativa de recuperación de un crédito hasta el 67,2 %. En los extremos de la tabla nos encontramos con que un 5 % de los acreedores ordinarios tienen una expectativa de recuperación igual o inferior al 45,3 % (lo que ha aumentado de manera muy significativa respecto a los últimos dos años), mientras que otro 5 % recupera su crédito hasta un 96,4 % (de forma muy similar al año 2019) (*Tabla 10*).

Percentiles	P5	P25	P50	P75	P95
Recuperación	10	46,3	49,1	71,1	96,5

Tabla 12. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios en el año 2020
(Fuente: Registradores de España).

En 2020 ya no se registran casi diferencias entre la expectativa de cobro de los acreedores ordinarios afectados por un Convenio anticipado respecto de los afectados por un Convenio aprobado en Junta de acreedores. No obstante, debemos advertir que este dato se obtiene a partir de las únicas 2 observaciones de las que se dispone de información para los Convenios anticipados. En definitiva, no podemos confirmar la línea ascendente que exponíamos desde el año 2014 (*Tabla 11*).

Año 2020	Propuesta anticipada	Junta de acreedores
Mediana	46,6	47,7
Observaciones	2	43

Tabla 13. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación del Convenio, año 2020

(Fuente: Registradores de España).

3.7. Comparativa entre los años anteriores

Para finalizar este epígrafe mostramos dos gráficos comparativos del histórico de la expectativa de recuperación de los acreedores ordinarios comparando los años examinados.

Respecto el promedio de la expectativa de cobro en general (*Gráfico 12*) puede observarse una disminución del crédito recuperado a lo largo de los años en los concursos donde se ha aprobado un Convenio; hasta el punto en que de los últimos datos se extrae que los acreedores pierden más de la mitad de su crédito.

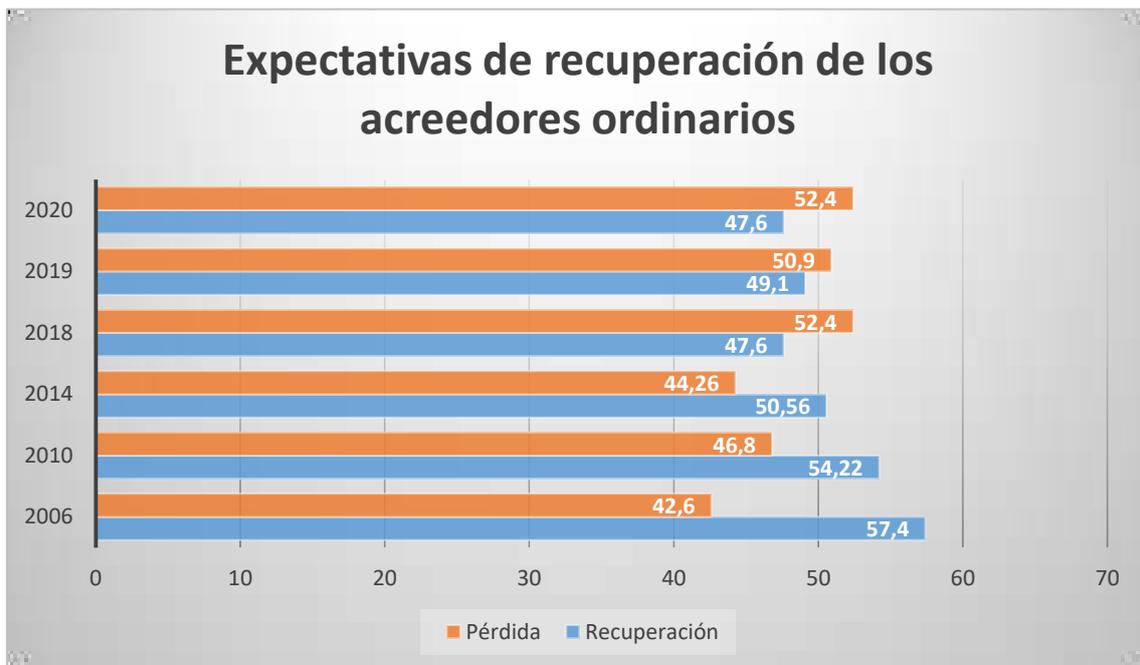


Gráfico 13. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios (histórico).

En cambio, la comparativa según el mecanismo de aprobación del Convenio (*Gráfico 13*), muestra que con los años la propuesta anticipada de Convenio es sinónimo de una mayor recuperación del crédito, mientras que la recuperación en los Convenios aprobados en Junta de acreedores se mantiene estable²⁶⁵.

²⁶⁵ Como dicho, con la excepción del año 2020, el cual no puede ser fiable a estos efectos dadas las escasas observaciones de Convenios anticipados.

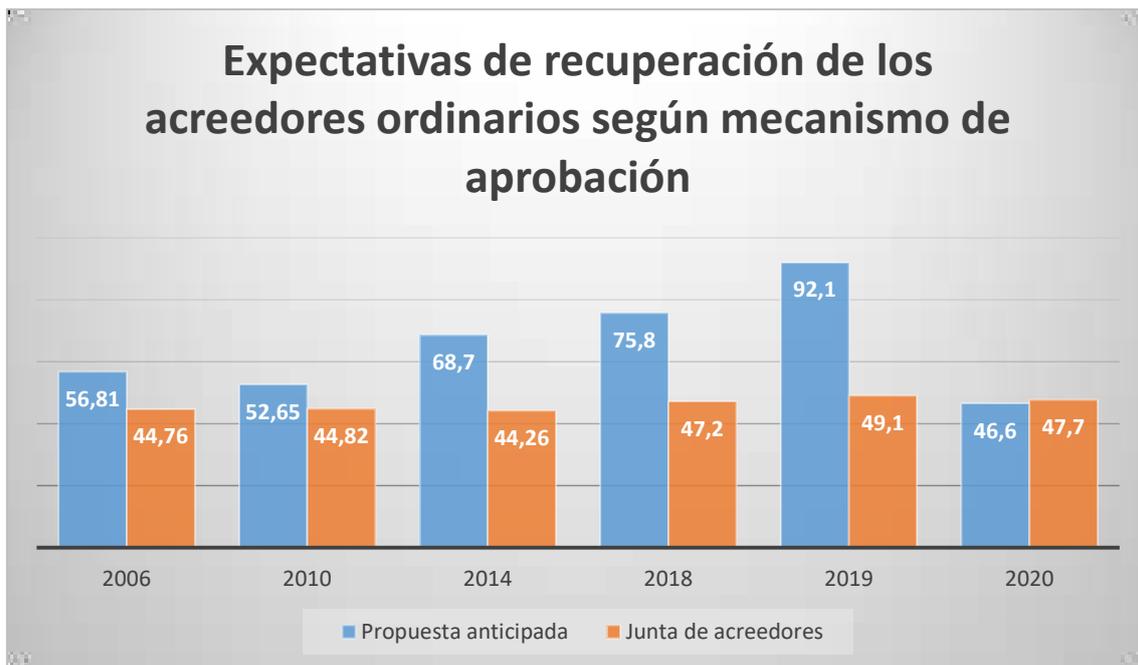


Gráfico 14. *Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación (histórico).*

4. Balance de incumplimiento de Convenio

Durante el desarrollo de esta obra no se han encontrado estadísticas oficiales relativas al incumplimiento de Convenio, por lo que los datos que a continuación se muestran deben ser interpretados restrictivamente y únicamente como un “muestreo” extraído de la presente investigación por parte del doctorando, recopilando la búsqueda de jurisprudencia²⁶⁶ de los Juzgados de lo Mercantil declarando el incumplimiento de Convenio *ex art. 140 LC* (actuales artículos 402 y ss. TRLC) o, bien, examinando en sede de calificación si el incumplimiento de Convenio es imputable al concursado y se valoran las causas de incumplimiento del mismo, con independencia del sentido del fallo.

En total, las Sentencias recopiladas permiten arrojar datos sobre la ratio de incumplimiento de Convenio a partir del número de Convenios aprobados que se ha analizado a partir de la búsqueda en bases de datos. No se han tenido en cuenta Sentencias desestimatorias de la acción de incumplimiento ni tampoco las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales al resolver los recursos de apelación que eventualmente pudieran haberse interpuesto. Por otra parte, es posible que existan incumplimientos de Convenio que hayan sido declarados y cuyo acceso público no es posible, con lo que contamos con una información limitada, de forma que las estadísticas que exponemos seguidamente en ningún modo reflejan fielmente la realidad, si bien permiten hacernos una idea sobre la proporción entre Convenios aprobados e incumplidos, tiempo de vida y posibles causas de incumplimiento.

En la siguiente tabla (*Tabla 12*) se muestra la proporción entre Convenios aprobados en un año concreto según los datos consignados en epígrafes anteriores y de los que han sido declarados incumplidos mediante sentencia estimatoria de la acción de incumplimiento (artículos 402 y ss. TRLC).

²⁶⁶ Las bases de datos de jurisprudencia analizadas son las de CENDOJ, SEPIN, EL DERECHO y WESTLAW-PREMIUM.

Años	Aprobados	Incumplidos
2012	315	2
2013	402	1
2014	436	6
2015	376	11
2016	238	20
2017	184	6
2018	169	14
2019	157	10
2020	89	1

Tabla 14. Proporción Convenios aprobados/incumplidos.

Es evidente que la ratio de incumplimiento tan bajo que arrojan los datos no refleja con certeza el número de incumplimientos reales. La razón principal obedece al indudable hecho de que las bases de datos de jurisprudencia no contienen la totalidad de resoluciones judiciales de incumplimiento de Convenio, por lo que resulta imposible conocer la totalidad de Sentencias que recogen los incumplimientos de Convenio, pudiendo afirmarse, con total seguridad, que la realidad judicial es tozuda al demostrar que el número de incumplimientos es sensiblemente superior.

5. Estadísticas según el período de vida del Convenio y las causas de su incumplimiento

Como hemos visto, el Convenio adquiere eficacia desde la fecha de la Sentencia que lo apruebe, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, retrase su eficacia a la fecha en que la resolución devenga firme (artículo 393 TRLC). Desde este momento el Convenio está vigente y debe cumplirse en función de lo que disponga su contenido. En caso contrario, en cualquier momento aquel acreedor que estime incumplido el Convenio en lo que le afecte puede solicitar del Juez la declaración de incumplimiento (art. 402.1 TRLC). Una eventual Sentencia estimatoria del incumplimiento tiene como consecuencia la resolución del Convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos del art. 398 TRLC (art. 140.4 LC, actual artículo 404 TRLC).

En el siguiente gráfico (*Gráfico 14*) se exponen los datos relativos a la duración de la eficacia del Convenio. El período de vida del Convenio se ha calculado tomando como fecha inicial la de la Sentencia aprobatoria del Convenio y, como fecha final, la de la Sentencia de declaración de incumplimiento de Convenio. Los siguientes datos se han obtenido del examen de 57 Convenios aprobados en procedimientos concursales en la década de 2008 a 2018.

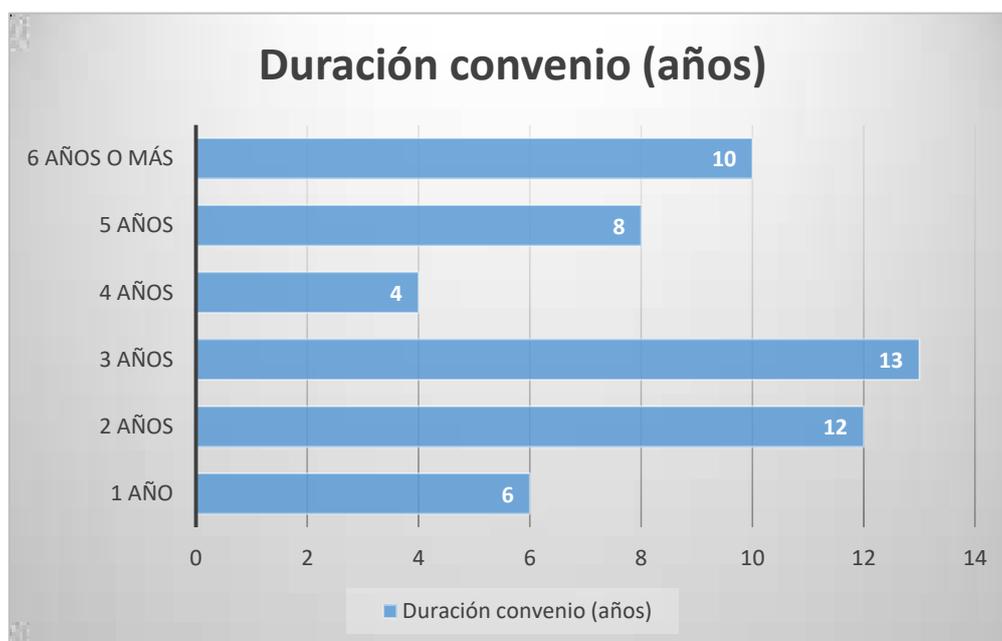


Gráfico 15. Duración del período de vida del Convenio (años). Elaboración propia.

De los datos examinados resulta que la duración media de los Convenios que son incumplidos es de 4,08 años. Reiteramos las mismas consideraciones efectuadas respecto el balance de Convenios incumplidos, si bien en el presente caso los datos permiten dibujar una imagen más fiel de la realidad.

No se han hallado Convenios que tengan una duración menor a un año. De la metodología utilizada creemos que esto tiene su explicación en la demora de los trámites en los Juzgados de lo mercantil. Es evidente que existen incumplimientos materiales de Convenios en un plazo inferior al año de vida, si bien su incumplimiento efectivo se retrasa a la fecha en que se tramita el incidente y dicta Sentencia, lo que conlleva en la mayoría de los casos incluso meses por la elevada carga de los Juzgados. De los Convenios examinados, el que tiene una duración menor es de 1,21 años, mientras el que ostenta la mayor duración es de 8,22 años.

Es interesante representar gráficamente (*Gráfico 14*) el desglose de los acreedores instantes de la declaración de incumplimiento del art. 404 TRLC, donde se observa como en la mayoría de incumplimientos es la Administración pública competente —principalmente, Administración Estatal de la Agencia Tributaria y Tesorería General de la Seguridad Social— la que se encarga de ejercitar la acción. Entendemos que esto es así por el elevado monto que suelen tener sus créditos, lo que hace que el incumplimiento, siquiera parcial, tenga carácter sustancial, además de que en la mayoría de concursos tienen créditos reconocidos. Descartamos, pues, que los entes públicos mantengan una aplicación más rigurosa de la ley y soliciten la declaración de incumplimiento por la falta de pago de cantidades superfluas.



Gráfico 16. *Naturaleza del acreedor instante ex art. 140 LC. Elaboración propia.*

Por último, en las piezas de calificación donde se ha enjuiciado el incumplimiento del Convenio, se han recopilado las causas alegadas por la Administración Concursal, el Ministerio Fiscal y, en su caso, los acreedores que fueron parte de la misma. La gran mayoría de concursos acaban siendo calificados como fortuitos, ante la dificultad de probar la culpabilidad cuando no concurren las presunciones de los arts. 443 y 444 TRLC, así como las propias limitaciones en el enjuiciamiento sentadas por el Tribunal Supremo, cuestiones que se verán en los siguientes Capítulos. No obstante, de estas resoluciones pueden extraerse cuáles son las causas más frecuentes de incumplimiento que consideran los diferentes operadores jurídicos, con independencia de la decisión final del Juzgador. Estas causas se limitan a las que han originado el incumplimiento del Convenio, no a las que han generado o agravado la situación de insolvencia. Reiteramos las mismas advertencias hechas anteriormente, pues no se ha podido acceder al total de calificaciones donde se enjuicien incumplimientos de Convenio, si bien los datos permiten acercarse a la realidad.

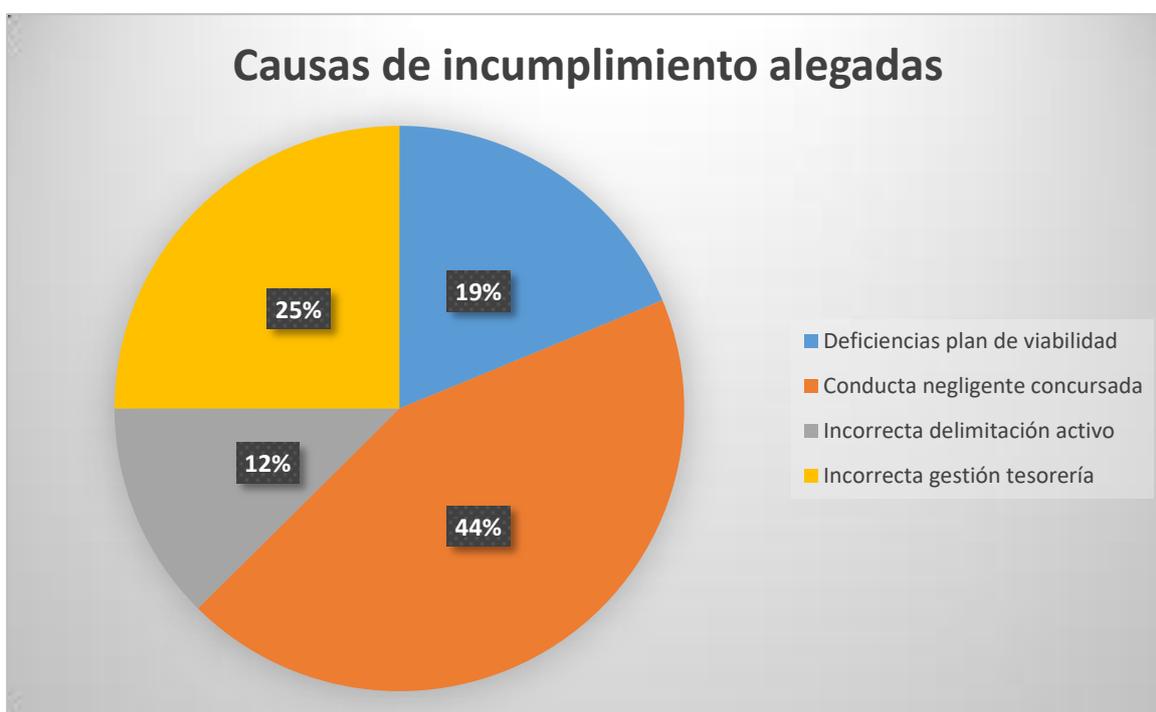


Gráfico 17. Causas de incumplimiento alegadas por los operadores jurídicos en las piezas de calificación. *Elaboración propia.*

Como puede observarse, la causa principal de incumplimiento son las conductas negligentes de las concursadas, que pueden materializarse en un sinnúmero de conductas donde la falta de diligencia acaba comprometiendo la solución paccionada. Pueden señalarse como ejemplos la falta de llevanza de la contabilidad, el abandono de la actividad empresarial en los Convenios de continuidad, la falta de cumplimiento del deber de información u otros actos omisivos que muestren poco interés en cumplir con el Convenio. Por lo general, estas causas pueden ser el sustrato de otras que originen el incumplimiento (v. gr., incorrecta delimitación del activo).

CAPÍTULO V

Tipología del incumplimiento: aspectos económicos y jurídicos

1. El incumplimiento de Convenio

1.1. Consideraciones generales

El Convenio es la «solución normal»²⁶⁷ del concurso de acreedores y su nacimiento es fruto de la voluntad de deudor y acreedores de regular los mecanismos para superar una situación de insolvencia de la forma menos perjudicial para las partes. La finalidad del Convenio es su cumplimiento y se erige como una alternativa a la liquidación de los bienes del deudor, que, en la gran mayoría de los casos, tiene efectos perjudiciales para el propio deudor, acreedores, trabajadores y sociedad en general.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, el art. 906 C.Co., regulaba el incumplimiento en la quiebra, pudiendo cualquiera de sus acreedores instar la rescisión del Convenio cuando el deudor lo hubiera incumplido, en cuyo caso continuaba la tramitación de la quiebra ante el Juez o Tribunal que la estaba conociendo. En la suspensión de pagos, el incumplimiento tenía unos efectos similares, salvo que en vez de producirse la reapertura del procedimiento se podía solicitar la declaración judicial de quiebra. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía el recobro de los derechos que tuvieran los acreedores frente al deudor con anterioridad al Convenio ante su incumplimiento.

Como ocurre con el cumplimiento del Convenio, el incumplimiento requiere de una declaración judicial, es decir, es al órgano judicial a quien le corresponde declarar si el Convenio ha sido cumplido o incumplido, con la única diferencia de que los legitimados para solicitar la declaración varían. El efecto principal de la declaración de cumplimiento es la conclusión del concurso una vez que el Auto deviene firme y ha transcurrido el plazo de caducidad de la acción para solicitar el incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieran ejercitado (art. 467

²⁶⁷ Según la E. de M. VI de la Ley Concursal.

TRLC). Por el contrario, el Auto de declaración de incumplimiento no tiene como efecto la conclusión del concurso, sino la apertura de la fase de liquidación en la misma resolución (art. 143.1.5° LC, actual artículo 409.1.5° TRLC).

El incumplimiento supondrá la aplicación de las reglas relativas a la liquidación de los activos concursales y dichas reglas son ajenas al poder de disposición de las partes, que no pueden establecer previsiones en el Convenio para el caso de su incumplimiento. La encargada de regular la ejecución de esta fase es la Administración Concursal, a través de las disposiciones que se contienen en el Plan de liquidación y siempre con respeto a determinadas reglas imperativas.

Al órgano judicial le compete resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento del Convenio, pero siempre a instancia de los legitimados para solicitar una declaración en un sentido u otro. A diferencia de lo que ocurre en sede de aprobación de Convenio, donde el Juez tiene facultad para rechazar la propuesta de oficio cuando aprecie la infracción de normas imperativas de contenido (art. 131.1 LC, actual artículo 392.1 TRLC), no cabe declarar de oficio el cumplimiento o incumplimiento de un Convenio. Ni siquiera cuando de los informes semestrales que está obligado a presentar el deudor *ex art. 138 LC* (actual artículo 400 TRLC) se desprenda un incumplimiento manifiesto. Si la declaración de cumplimiento correspondía en exclusiva al deudor (art. 139.1 LC, actual artículo 400.1 TRLC), la de incumplimiento corresponde también en exclusiva a los acreedores (art. 140.1 LC, actuales artículos 402.1 TRLC).

Por otro lado, el legislador ha previsto que las solicitudes de incumplimiento a instancia de los acreedores se resuelvan por la vía del incidente concursal. Esto es así porque los efectos de una declaración de incumplimiento son determinantes para el destino del concurso y el interés de las partes, por lo que la tramitación vía incidente concursal permite que el concursado pueda defenderse y proponer prueba para desvirtuar las pretensiones de la parte actora.

Es menester hacer una precisión respecto del incumplimiento.

Cuando hablamos de incumplimiento de Convenio estamos haciendo referencia a un incumplimiento de los términos del mismo respecto de los créditos concursales, que son aquellos anteriores a la declaración de concurso y que quedan afectados por el

contenido del Convenio. Ante un incumplimiento de estos términos, los acreedores concursales pueden instar la declaración de incumplimiento o la ejecución de lo convenido. Cuestión distinta es el incumplimiento de las obligaciones contra la masa, esto es, de los créditos contraídos con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores y cuyo régimen y naturaleza es distinta a la de los créditos concursales.

1.2. Concepto de incumplimiento

El art. 402.1 TRLC se limita a recoger la facultad de «*cualquier acreedor que estime incumplido el Convenio en lo que le afecte*» para solicitar ante el Juez la declaración de incumplimiento por los trámites del incidente concursal, sin que se defina explícitamente qué debe entenderse por incumplimiento ni recoja criterio orientador alguno.

Está más que aceptado por la doctrina y jurisprudencia española que el Convenio concursal si bien es un negocio *sui generis* tiene un fuerte carácter contractual al tener su génesis en la autonomía de la voluntad de las partes. Cuando las partes conciertan un contrato es evidente que lo hacen con la finalidad de que sea cumplido en todos sus términos, lo que justifica que «*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*» (art. 1091 CC).

En el Convenio, además, existe una finalidad solutiva del procedimiento concursal.

1.2.1. La entidad del incumplimiento

Sin embargo, la omisión del legislador sobre qué debe entenderse por incumplimiento plantea algunas cuestiones que deben resolverse. La primera incógnita tiene que ver con la magnitud o entidad del incumplimiento.

¿Es incumplimiento cualquier incumplimiento o solo la inobservancia absoluta de los términos del Convenio?

En el primer caso, el más mínimo detalle podría reputarse como incumplimiento, con el consiguiente riesgo que ello supone. En el segundo caso, solo un incumplimiento generalizado y manifiesto tendría entidad suficiente para justificar los efectos de una declaración en tal sentido.

No es pacífica la cuestión en la jurisprudencia. La Audiencia Provincial de Zaragoza ha mantenido la tesis extensiva o amplia, considerando que cualquier incumplimiento de los términos del Convenio es suficiente para que se pueda promover la acción del art. 402.1 TRLC, facultándose al acreedor cuando lo estime oportuno y excluyéndose cualquier exigencia de incumplimiento masivo o de daño para otros acreedores.²⁶⁸ También ha considerado incumplimiento no únicamente la falta de cumplimiento sino también el cumplimiento extemporáneo que implique una ejecución extemporánea del Convenio.²⁶⁹ Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia acoge

²⁶⁸ SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 9 de octubre de 2012: «el art. 140 LCon nada dice respecto de ellos [cumplimiento e incumplimiento], y la doctrina ha señalado que basta cualquier incumplimiento de los términos del Convenio para que el acreedor afectado pueda promover la declaración que ahora se combate, y si bien el precepto no es muy explícito a la hora de señalar qué ha de ser entendido por incumplimiento, sí dispone que cualquier acreedor que estime incumplido el Convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, lo que excluye cualquier exigencia de incumplimiento o de daño para otros acreedores».

²⁶⁹ SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 11 de diciembre de 2012: «[...] ha de optarse por una interpretación amplia del concepto de incumplimiento, que ha de tener como principio rector la constatación de la imposibilidad o falta de voluntad de cumplir el deudor lo convenido con los acreedores. No es óbice para esta interpretación que la LCon establezca con carácter general

una tesis más restrictiva del incumplimiento, considerando excesivo una rescisión del Convenio y la declaración de incumplimiento por el mero cumplimiento defectuoso, siendo necesario que el incumplimiento revista cierta gravedad o sea esencial. Aun así, considera que los cumplimientos defectuosos (v. gr., retraso en el pago de escasa entidad) deben ser valorados por el Juez a fin de que se evalúe si se ha producido un verdadero y propio incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, pero descartando considerar un incumplimiento cuando se trata de aspectos accesorios.²⁷⁰ Una tesis similar acoge la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.²⁷¹

La doctrina parece ser que se ha decantado por una interpretación amplia del concepto de incumplimiento, en un sentido idéntico a la tesis acogida por la AP Zaragoza. ARTOLA SENAR considera que *«el incumplimiento no se mide por referencia*

el principio de conservación de la empresa, pues ha de estimarse prevalente el derecho de los acreedores concursales a satisfacer su crédito, bien mediante la vía del Convenio o, ante su inviabilidad, por la de la liquidación de los activos del concurso».

²⁷⁰ SAP Valencia, Sección 9ª, de 11 de julio de 2011: *«[...] el incumplimiento de los plazos pactados para el cumplimiento de la obligación afectada por la quita o la espera o por el resto de los efectos del Convenio debiera ser considerado incumplimiento en todo caso de gravedad o esencial. [...] No parece congruente con el principio de conservación de empresa ... el que cualquier incumplimiento no esencial y accesorio de lugar a consecuencia tan grave».*

²⁷¹ SAP Palmas de Gran Canaria, de 11 de marzo de 2009: *«[...] no puede olvidarse que siendo elementos esenciales del Convenio de acreedores la quita y/o la espera y anudándose consecuencias jurídicas muy importantes al hecho de que la espera sea mayor o más corta no puede sino calificarse como de esencial el incumplimiento de la obligación en el tiempo fijado en el Convenio [...] nuestro ordenamiento jurídico no alude a la gravedad del incumplimiento en la regulación que de la acción para declararlo efectúa en el art. 140 LC. [...] El carácter esencial que en el Convenio concursal tiene la espera -o la quita impone que el incumplimiento de los plazos pactados para el cumplimiento de la obligación afectada por la quita o la espera o por el resto de los efectos del Convenio debiera ser considerado incumplimiento en todo caso de gravedad o esencial, como acertadamente consideró el Juzgador a quo, más aún cuando como en el caso que nos ocupa se trataba de incumplimiento de la totalidad del crédito -que ni siquiera parcialmente había sido pagado en el momento de presentación de la demanda.»*

a una cuantía mínima de las prestaciones no efectuadas o efectuadas tardíamente o con defecto, sino que existe incumplimiento aunque se dé cualquier de esas circunstancias sólo en relación con la prestación que debe realizarse para un solo acreedor».²⁷² Para DE LA CUESTA RUTE el incumplimiento es el reverso del cumplimiento, aquel hecho jurídico que por frustrar las legítimas expectativas de las partes conduce a la liquidación de los bienes y derechos del deudor.²⁷³

También se ha descartado que la cláusula *rebus sic stantibus* pueda fundar una oposición a la declaración de incumplimiento pues «[...] la única modificación existente no lo es en relación a las prestaciones de las partes, sino a la imposibilidad por parte del deudor de conseguir financiación para sus deudas y para cumplir el Convenio aceptado. Esta circunstancia debió ser prevista y contemplada en el citado Convenio, sin que pueda a lo largo del mismo proceder a modificarse en atención a las dificultades económicas del deudor (...)».²⁷⁴ Ahora bien, se ha aceptado que el pago al acreedor posterior a la demanda incidental por incumplimiento de Convenio haga desaparecer el interés que legitima al acreedor.²⁷⁵

²⁷² ARTOLA SENAR, G., “Consecuencias del incumplimiento del Convenio en el concurso de acreedores”, en *Boletín Quantor Contable*, Lefebvre, n.º 1, marzo 2012.

²⁷³ DE LA CUESTA RUTE, J.M., «El Convenio Concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal», Thomson-Aranzadi, 2004.

²⁷⁴ SAP Cádiz, de 26 de abril de 2010.

²⁷⁵ SAP Barcelona, Sección 15ª, de 15 de mayo de 2015.

1.2.2. La autoría del incumplimiento

La segunda cuestión que plantea la parquedad de la regulación del incumplimiento del Convenio concursal tiene que ver con su autoría. Es más que evidente que a quien compete el cumplimiento del Convenio es al concursado deudor de las obligaciones afectadas por la declaración de concurso. Por tanto, el deudor es quien debe satisfacer dichos créditos en los términos convenidos por las partes y ante un incumplimiento del mismo los acreedores pueden solicitar la declaración de incumplimiento (art. 402 TRLC).

Es posible que tras la aprobación judicial del Convenio la sociedad deudora sufra una transformación en su forma jurídica, lo que en ningún caso extingue la responsabilidad del deudor, pues la transformación no afecta a la continuidad de la persona jurídica. También es irrelevante que la sociedad deudora se haya extinguido por fusión o absorción, pues la sociedad subsistente estará obligada al cumplimiento del Convenio y legitimada pasivamente para la declaración de incumplimiento, así como tampoco desaparecerá la responsabilidad de los anteriores socios (art. 48 LME).

La cuestión ya no resulta tan diáfana en los supuestos en los que el Convenio es incumplido por obligados distintos del deudor que son parte del Convenio o cuando el Convenio les atribuye funciones a tales terceros. El Convenio puede establecer obligaciones para terceras personas que no sean ni el deudor ni los acreedores. El problema radica en determinar si puede prosperar una solicitud de declaración de incumplimiento cuando el deudor no es el titular de la obligación incumplida, pues tanto el art. 402.1 como el art. 409.1.5º TRLC guardan silencio sobre cuál debe ser la autoría del incumplimiento.

La doctrina diferencia dos supuestos de incumplimiento por terceras personas.²⁷⁶ Por un lado, un incumplimiento de la comisión de acreedores nombrada en el propio Convenio o de la Administración Concursal a la que se hubieran encomendado

²⁷⁶ROJO, A., “Comentario al artículo 140”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.271.

determinadas funciones hasta el cumplimiento íntegro del mismo.²⁷⁷ En este caso, se considera que estas personas son mandatarias del deudor en tanto reciben un encargo de éste y de los acreedores adheridos al Convenio. Consecuencia de lo anterior, están obligados a cumplir el encargo y responderán de los daños y perjuicios que ocasione su no ejecución (art. 1.1718 CC) y el incumplimiento del mandatario se equipararía al del deudor.

No obstante, no existe mandato respecto los acreedores que hubieran asumido nuevas obligaciones (art. 316.2 TRLC). Dentro de este grupo de acreedores pueden incluirse aquellos que se comprometieron a continuar proporcionando el suministro de determinadas materias primas a la sociedad concursada en las mismas condiciones económicas anteriores a la declaración de concurso.²⁷⁸ En estos casos, el hecho de que estas personas se hayan obligado en nombre y por cuenta propia descarta que exista una relación de mandato con el deudor. La doctrina parece decantarse por reconocer un incumplimiento impersonal, de forma que el incumplimiento por estas personas de las obligaciones asumidas justificaría una solicitud de declaración de incumplimiento del Convenio. Según ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *«la opinión mejor fundada es aquella que considera indiferente la persona del incumplidor»*.²⁷⁹ En un sentido similar, BENITO DE

²⁷⁷ Por ejemplo, el Convenio puede establecer que la comisión de acreedores enajene un bien o derecho de la masa activa en un plazo concreto en aras a posibilitar el cumplimiento del plan de pagos (art. 100.4 LC) (actual, artículo 331.2 TRLC).

²⁷⁸ Similar a este supuesto son las personas que asumieron compromisos de pago *ex* art. 99.1.II LC (este artículo también se ha trasladado al actual 316.2 TRLC) (financiación, de prestación de garantías, etc.). Un caso de incumplimiento de este compromiso sería cuando la sociedad dominante se compromete a suscribir y desembolsar un aumento de capital sobre la sociedad concursada y lo hace en un importe inferior al pactado.

²⁷⁹ ROJO, A., “Comentario al artículo 140”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 2.280-2.281. Es interesante citar el razonamiento utilizado para llegar a esta conclusión: *«Si se defendiera que, cuando sean éstos los incumplidores, no se producen los efectos del incumplimiento del Convenio establecidos en la Ley Concursal, los acreedores tan sólo tendrían la posibilidad de solicitar la ejecución de lo convenido; y si se defendiera que, en tales casos, además de esta posibilidad, tienen expedita los acreedores de solicitar la declaración judicial de incumplimiento del Convenio, resultaría que un*

LOS MOZOS defiende que no hay lugar a distinguir entre incumplidor cuando la propia legislación concursal no lo hace.²⁸⁰

Igualmente, para ALVARGONZÁLEZ TREMOLS existirá incumplimiento «*siempre que alguna de las obligaciones recogidas en el Convenio, ya sea del propio deudor, ya sea de terceros asuntores de compromisos, no se produce y se frustra la satisfacción de los acreedores en los términos acordados*».²⁸¹

incumplimiento ajeno produciría los mismos efectos que el incumplimiento del Convenio por el concursado. Para llegar a una solución positiva, o bien se reconoce que estos acreedores que asumen nuevas obligaciones o esas personas, acreedores o terceros, que ostentan la condición de compromitentes son, en cierta medida, auxiliares del cumplimiento del Convenio por el deudor (aunque no sean dependientes suyos, sino que mantengan con él una relación de absoluta y total autonomía); o bien hay que afirmar que, en los casos ahora considerados, el Convenio constituye un negocio jurídico tripartito entre el deudor, los acreedores concursales y las personas, acreedores o terceros, que asumen obligaciones de cualquier clase. En todo caso, forzoso es reconocer que la Ley ha utilizado una fórmula impersonal para referirse al incumplimiento del Convenio ... [y] ha tenido especial cuidado en evitar referirse al 'incumplimiento del Convenio por el deudor'.

²⁸⁰ BENITO DE LOS MOZOS, A. I., *El Convenio Incumplido*, Fe d' erratas, Madrid, 2015, p. 78. Respecto el silencio que guarda el art. 140 LC sobre la autoría del Convenio, la autora dice lo siguiente: «Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos. Por ello, cualquier que incumpla sus obligaciones establecidas en el Convenio puede dar lugar a la solicitud de su declaración, con todas las consecuencias señaladas legalmente».

²⁸¹ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.314.

1.2.3. El elemento subjetivo del incumplimiento

La última cuestión en torno al concepto de incumplimiento trata sobre qué elementos subjetivos deben concurrir para que pueda imputarse dicho incumplimiento. Una vez hemos llegado a la conclusión de que el incumplimiento es impersonal y que los acreedores pueden instar una declaración en tal sentido con independencia de que el autor del incumplimiento haya sido el deudor u otro obligado, debemos dilucidar si para considerar incumplido el Convenio debe concurrir dolo o culpa del incumplidor o, por el contrario, éste es independiente de aquellos.

La solución a esta cuestión radica en determinar si el concepto de incumplimiento que acoge el Derecho privado es extrapolable al ámbito concursal. Así, el art. 1.105 CC dispone que «*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*», por lo que no existirá incumplimiento en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, al menos, «*fuera de los casos expresamente mencionados en la ley*». Sin embargo, el art. art. 402 TRLC no parece acoger el concepto del Código Civil de incumplimiento, pues en ningún momento se exige el dolo o culpa del incumplidor ni se hace referencia al caso fortuito o a la fuerza mayor.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO defiende que en la normativa concursal el concepto de incumplimiento es un «*concepto especial*» y que lo relevante es «*la falta de cumplimiento, con independencia de la causa*».²⁸² El autor entiende que no debe concurrir ningún elemento subjetivo para imputar el incumplimiento. A esta conclusión llega en base a dos argumentos. El primero de ellos es la distinción que hace la Ley en cuanto al incumplimiento imputable e incumplimiento inimputable al concursado en sede de calificación de concurso. En efecto, el art. 443.6º TRLC establece que el concurso se calificará como culpable *cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del Convenio debido a causa imputable al concursado*. En sentido contrario, esto significa que cuando el Convenio haya sido incumplido por persona ajena al deudor el concurso podrá ser calificado como culpable, pero no en base al mero incumplimiento. Por tanto, solo el incumplimiento del

²⁸² ROJO, A., “Comentario al artículo 140”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., pp. 2.281-2.282.

Convenio por el concursado implica la calificación del concurso como culpable. El segundo argumento tiene que ver con una diferencia fundamental entre los contratos y el Convenio concursal. En caso de incumplimiento del Convenio, los acreedores tienen derecho a que se produzca una satisfacción de su interés mediante la apertura de la liquidación, por lo que la falta de cumplimiento conduce inevitablemente a la liquidación del activo concursal. Por esta razón, es indiferente entrar a valorar si existe una conducta reprochable al incumplidor, pues en todo caso el acreedor afectado por el incumplimiento podrá solicitar la declaración judicial de incumplimiento y ver satisfecho su interés con la liquidación.

En la misma línea se sitúa BENITO DE LOS MOZOS, que acoge un argumento similar al de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO para justificar la objetividad del incumplimiento. Para la autora, la voluntad de las partes con la concertación de Convenio es clara y está dirigida a la satisfacción del crédito, por lo que *«un acreedor que no vea cumplida sus expectativas acordadas en el Convenio, no va a entrar a conocer las causas del incumplimiento, salvo que esa sea su voluntad, simplemente, si el obligado no cumple, puede solicitar la declaración de incumplimiento»*, lo que dista mucho del régimen de los contratos al uso que contempla el Código Civil, cuyo art. 1.124 permite escoger al perjudicado entre *«exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos»*.²⁸³

A la misma conclusión llega ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, quien considera que el hecho de que el incumplimiento pueda imputarse o no al deudor no altera para nada el dato mismo del incumplimiento. Estos extremos podrán tener relevancia en sede de calificación, pero nunca inciden en la existencia o no del incumplimiento, dado su carácter objetivo.²⁸⁴

²⁸³ BENITO DE LOS MOZOS, A. I., ob. cit., p. 81.

²⁸⁴ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., p. 1.314.

1.3. Legitimación activa

Está legitimado para solicitar la declaración de incumplimiento «*cualquier acreedor que estime incumplido el Convenio en lo que le afecte*» (art. 402.1 TRLC). Con la expresión «*cualquier acreedor*» debemos entender que está legitimado cualquier titular de créditos concursales: acreedores privilegiados, ordinarios y subordinados.²⁸⁵ La legitimación activa se reconoce con independencia del período procesal en que haya sido reconocido el crédito, siendo lo importante que el crédito haya sido reconocido en la lista de acreedores.

No obstante, los acreedores contingentes, los sometidos a condición suspensiva y los créditos públicos, esto es, los correspondientes a las Administraciones públicas y demás organismos públicos, que resulten de procedimientos de comprobación o inspección que no hayan sido cuantificados, en tanto no tienen derecho de cobro, no pueden ni votar, ni adherirse, ni impugnar el Convenio por lo que no forman parte de él ni afectarles. Esto debe llevarnos a entender que no quedan incluidos en la expresión «*cualquier acreedor*». No ocurre lo mismo con los créditos condicionales y los de derecho público de las AAPP y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, y los que resulten de procedimientos de comprobación o inspección una vez que hayan sido cuantificados y liquidados, sobre los que no parece que haya impedimento para reconocer su legitimación activa.²⁸⁶

Esta legitimación de los acreedores titulares tiene matices. Respecto los acreedores subordinados, ha de tenerse en cuenta que en virtud del art. 396.2 TRLC «

²⁸⁵ En este sentido se pronuncia la SAP Zaragoza, Sección 5ª, n.º 621/2012, de 3 de diciembre, en la que se dice que «*la sola contemplación de los artículos invocados, 84, 154 y 140 de la LCon permite concluir que o bien no existe legitimación para instar el incumplimiento del Convenio por los acreedores de créditos contra la masa, o bien, aun reconociéndoseles la misma, no se acredita el incumplimiento de los créditos concursales con el impago de los créditos reconocidos contra la masa*». En la misma línea, la SJM n.º 3 de Vigo, de 21 de febrero de 2013, que señala que «*están excluidos de dicha legitimación los acreedores privilegiados -en tanto no hayan renunciado al privilegio- y los acreedores contra la masa, por no estar ninguno de ellos afectados por el mismo*».

²⁸⁶ BENITO DE LOS MOZOS, A. I., ob. cit., p. 75.

(...) 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 (...)». Esto significa que los acreedores subordinados tan solo quedarán afectados por el incumplimiento una vez que los acreedores ordinarios hayan sido satisfechos. En otras palabras, si el deudor incumple la obligación de pagos a los acreedores ordinarios en el segundo plazo de espera, los acreedores subordinados no podrán solicitar el incumplimiento en tanto aún no ha comenzado su plazo de espera al no haberse producido el cumplimiento íntegro del crédito ordinario. En cambio, los acreedores ordinarios sí que podrán solicitar dicha declaración al verse afectados por el incumplimiento.²⁸⁷

Los acreedores privilegiados no quedan vinculados al contenido del Convenio salvo que hubieren votado a favor de la propuesta o, en su caso, la hubieran firmado o se hubieran adherido a la misma. También quedarán afectados si se adhieren al mismo con posterioridad a la aceptación del Convenio y antes de la declaración judicial de cumplimiento del Convenio. Como hemos tenido ocasión de explicar en el Capítulo II de esta obra, hay que señalar que la reforma operada por el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, añadió un apartado tercero al art. 134 LC (el arrastre del crédito privilegiado), hoy reflejado en el artículo 397.2 TRLC. Como ya se expusiera, este precepto abre la posibilidad de que los acreedores privilegiados se vean forzosamente vinculados al Convenio, siempre que concurren determinadas mayorías. Dicho esto, los acreedores privilegiados ostentarán legitimación activa cuando queden vinculados por el Convenio, ya sea por su propia voluntad o por causas legales. En cualquier caso, un acreedor privilegiado que renunció a su crédito privilegiado no queda vinculado al Convenio y no puede solicitar su declaración de incumplimiento al no afectarle, salvo que se adhiera al mismo antes de la declaración de cumplimiento.²⁸⁸

También están los terceros no acreedores que por cualquier razón queden afectados por el contenido del Convenio. Por ejemplo, los “asuntadores” en un Convenio de asunción. Es evidente que estas personas no gozan de legitimación activa en tanto no

²⁸⁷ ROJO, A., “Comentario al artículo 140”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.283.

²⁸⁸ SJM n.º 3 de Vigo, de 21 de febrero de 2013.

son acreedores y ante un incumplimiento solo podrían acudir a la vía del art. 1.096 CC y siguientes para su cumplimiento por equivalencia.

La expresión «*en lo que le afecte*» significa que solamente tendrá legitimación el acreedor concursal que hubiera sufrido las consecuencias del incumplimiento, condición necesaria para que prospere la solicitud.²⁸⁹ Tenemos que recordar que en el momento de interponerse la demanda incidental debe persistir el incumplimiento, pues un mero retraso que se cumple en el momento de la demanda hace desaparecer el interés que legitima al deudor.²⁹⁰

La acción de declaración de incumplimiento del acreedor que estime incumplido el Convenio en lo que le afecte debe ejercitarse dentro del plazo señalado por el art. 403.1 TRLC. La acción se puede ejercitar desde el mismo momento en que se produzca el incumplimiento, que supondrá el *dies a quo* de la acción. La acción caduca a los dos meses desde la publicación del Auto de cumplimiento del art. 401 TRLC, al que debe dársele la misma publicidad que la Sentencia aprobatoria de Convenio. El RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, ha suprimido la redacción inicial del art. 140.1 LC, que contemplaba que la acción caducase *a los dos meses contados desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento*. Esto sin duda suponía que la acción se pudiera ejercitar durante más tiempo, pues hasta que no se publicará el Auto de cumplimiento en todos los registros (Boletín Oficial del Estado, Registro Público Concursal, Registro Mercantil) no comenzaba el plazo de caducidad de la acción.

Aunque el plazo para ejercitar la acción puede parecer de primeras relativamente corto, no lo es en absoluto. Para que comience el término inicial es necesario que se produzca la publicación de la declaración de cumplimiento, es decir, que el deudor haya solicitado dicha declaración. Hasta que no tenga lugar esta solicitud, el acreedor afectado por el incumplimiento tiene plazo *sine die* para ejercitar la acción las veces que quiera y sin límite temporal entre incumplimientos. Quizás por esta razón el legislador ha modificado la redacción del art. 140.1 LC para hacer un poco más breve el plazo de ejercicio de la acción y no dilatar la incertidumbre en exceso.

²⁸⁹ STS, Sala 1ª, n.º 449/2014, de 4 de septiembre de 2014.

²⁹⁰ SAP Barcelona, Sección 15ª, de 15 de mayo de 2015.

1.4. Procedimiento

El legislador ha previsto que la solicitud de declaración de cumplimiento se tramite por el cauce del incidente concursal, por lo que dicha solicitud deberá revestir la forma de demanda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 399 LEC.

La parte actora o demandante será el acreedor afectado por el incumplimiento del Convenio, mientras que la parte demandada lo será el deudor que supuestamente ha incumplido el Convenio concursal.

En concordancia con lo que dijimos sobre que la legitimación pasiva se extiende a terceras personas obligadas por el Convenio aprobado, estas también deberán ser demandadas, en su caso (v. gr., acreedores, Administrador Concursal, “asuntores”), sin que sea necesario demandar a la totalidad de los acreedores afectados. En todo caso, cualquier acreedor o persona que hubiera comparecido en el procedimiento concursal podrá intervenir en el incidente con plena autonomía o coadyuvando a la parte demandada.

Será la parte actora quien deberá probar el incumplimiento del deudor. La admisión a trámite del incidente concursal no interrumpe la ejecución del Convenio, por lo que el deudor deberá seguir cumpliéndolo según los términos previstos.

Si la Sentencia estima el incumplimiento, declarará rescindido el Convenio y desaparecerán los efectos sobre los créditos. En caso contrario, si el Juez no considera probado el incumplimiento rechazará la solicitud y se mantendrá inalterada la situación. La sentencia estimatoria tiene efectos *erga omnes*. En cambio, la Sentencia desestimatoria no impide que otros acreedores puedan instar declaraciones de incumplimiento en base a los mismos u otros hechos.

Contra la Sentencia resolviendo el incidente concursal cabe recurso de apelación (art. 403.4 TRLC). Interpuesto el recurso contra la resolución, el Juez, ya sea a instancia de parte o de oficio, puede acordar la suspensión total o parcial del Convenio declarado incumplido.

2. Deficiencias estructurales del Convenio como causa de incumplimiento final

2.1. Introducción

La E. de M. VI de la Ley Concursal rezaba que el Convenio debía ser la «*solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*». Pese a los intentos de materializar esta afirmación con las reformas posteriores al nacimiento de la Ley Concursal, lo cierto es que los datos desmienten esta teórica voluntad del legislador.

No es secreto que aproximadamente el 90 % de los concursos tramitados acaban en fase de liquidación, incluidos aquellos en los que se aprobó un Convenio. De estos datos pueden sacarse sin mucho esfuerzo dos conclusiones, una de ellas clave para este apartado. La primera, que por mucho que el legislador fomente la consecución de un Convenio, la figura del Convenio *per se* es complicada de alcanzar, pues en esencia requiere la voluntad de una colectividad de acreedores, con las dificultades de obtener acuerdos con un conjunto heterogéneo de personas. Y en el procedimiento concursal, pese a que en principio todos los acreedores buscan un fin en común, incluso común al del deudor, lo cierto es que no es tarea sencilla idear un acuerdo que cuente con el beneplácito de todos los actores implicados. Esta dificultad se incrementa con las distintas clases de acreedores, donde por lo general, los privilegiados, permiten al acreedor aislarse de la formación del acuerdo en atención a su preferente posición de cobro, pese a las últimas reformas del legislador donde se prevé el arrastre de su crédito cuando así lo decidan determinadas mayorías. Tampoco podemos olvidar a los acreedores públicos, que, si bien pueden conceder aplazamientos de pago sobre sus créditos, la verdad es que raramente se involucran en el Convenio. Al estar el Convenio pensado para el crédito ordinario y subordinado, difícilmente será alcanzable un acuerdo en los concursos donde el pasivo privilegiado sea elevado.

La segunda conclusión que puede extraerse de la experiencia jurisdiccional es que no basta con aprobar un Convenio, sino que éste debe haberse diseñado con prudencia y esmero, de lo contrario está destinado a fracasar. A la dificultad para llegar

a un acuerdo debemos añadir, por si fuera poco, las deficiencias propias del Convenio, sobre todo en los casos donde la solución postulada es la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, de forma que los recursos que genere sirvan para atender al cumplimiento de los créditos afectados por el Convenio. En estos casos la normativa concursal exige que a la propuesta de Convenio se acompañe un plan de viabilidad donde se justifique, con criterios económicos, cómo esa actividad va a generar los suficientes recursos para dar cumplimiento a las previsiones del plan de pagos. Si bien los acreedores deben prestar su conformidad a la propuesta de Convenio tomando en consideración el plan de viabilidad, incumbe al deudor, en colaboración con los expertos en la materia, presentar una previsión real.

El plan de viabilidad no debe ser objeto de marketing; en su elaboración no puede aceptarse atisbo de dolo publicitario, sino que debe reflejarse una previsión lo más certera posible, con aplicación de los ajustes necesarios para evitar crear una imagen artificial. Pese a la tentación de vender a los acreedores un plan de viabilidad esperanzador, no deja de ser el eje estructural de la propuesta de Convenio y con unas consecuencias serias y relevantes para el concurso y el interés de los acreedores. En esta línea, la Administración Concursal juega un papel importante y deberá examinar concienzudamente el plan de viabilidad presentado y evitar su aprobación cuando no se ajuste a la realidad. No puede tratarse de un salvoconducto utópico plagado de buenas voluntades, con perspectivas irreales de mantenimiento de empleo y satisfacción de créditos, sino un documento serio, adaptado a las actuales circunstancias económicas existentes al tiempo de su proposición, alejándose de quimeras o resultados más dependientes del azar que de la ejecución de un plan sensatamente preconcebido.

Dicho esto, en este apartado vamos a centrar nuestro estudio en el plan de pagos y en el plan de viabilidad, pues las principales causas de incumplimiento son, entre otras, una defectuosa construcción del plan de viabilidad y una deficiente gestión de la tesorería, lo que está íntimamente relacionado con estos documentos. También veremos otras causas que pueden suponer una frustración del Convenio de una forma u otra y que tienen que ver con la negociación previa de los términos del mismo, así como las consecuencias que puede tener el arrastre del crédito privilegiado.

Con carácter previo debemos diferenciar entre los Convenios que no prevén la continuación de la actividad empresarial del deudor, de aquellos otros Convenios de continuidad que sí lo hacen, ya sea por el propio deudor o un tercero, en el marco de un Convenio de asunción. En el primer supuesto la normativa concursal no requiere la elaboración de un plan de viabilidad al cesar la actividad empresarial, por lo que la responsabilidad y el margen de error son menores. En estos casos, a veces es suficiente con, en atención al activo de la concursada, realizar las operaciones matemáticas prudentes y determinar las quitas y/o esperas procedentes para poder satisfacer el interés de los acreedores. Es cuando el cumplimiento del Convenio se subordina a la actividad empresarial donde la confección del plan de viabilidad deviene crucial y el riesgo de incumplimiento y de liquidación aumenta exponencialmente.

2.2. Problemas típicos en la negociación

Cuando se negocia con los acreedores la posibilidad de alcanzar un Convenio y los eventuales términos del mismo no es sencilla, pues muchas veces concurren intereses contrapuestos entre el deudor y las distintas clases de acreedores, así como respecto de los terceros fiadores o avalistas que, en su caso, puedan quedar afectados o no por el contenido del Convenio.

A continuación, vamos a exponer dos problemas que los proponentes del Convenio pueden encontrarse. El primero de ellos tiene que ver con la posición aventajada de los acreedores privilegiados y el hecho de que no se vean afectados por el Convenio, salvo que voten favorablemente o se adhieran al mismo con posterioridad (excepto, como hemos visto, en los casos de arrastre). El segundo problema surge cuando el crédito del acreedor está avalado por un tercero, de forma que entran en aplicación los límites subjetivos del artículo 399 TRLC (anterior art. 135 LC). En ambos casos el núcleo del problema es la contraposición de intereses, que muchas veces puede ser determinante y frustrar la consecución del Convenio.

2.2.1. Las garantías exigidas por los acreedores privilegiados

En el procedimiento concursal, los acreedores con garantía real gozan de una posición privilegiada, lo que justifica que dicha clase de acreedores haya sido denominada por la Ley Concursal como «privilegiados». Un privilegio que se fundamenta en las garantías que constituyeron sobre determinados bienes para asegurar la efectividad de su derecho de crédito y reforzar el compromiso del deudor. Esta garantía les permite, cuando el deudor no cumpla con su obligación, ejercitar el *ius distrahendi* y con el producto de lo obtenido con la venta del bien satisfacer su crédito.

El concurso de acreedores justifica una alteración de las reglas aplicables a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. En efecto, el legislador, en el seno del concurso, tiene en cuenta la especial naturaleza de las garantías reales y procura un trato diferente a los acreedores privilegiados, si bien, sin concederles una ausencia total de sacrificio en aras a evitar la perturbación del interés del concurso y del resto de la colectividad de acreedores. Los actuales artículos 145 a 151 TRLC (relativos a las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados, producto del desglose del anterior art. 56 LC, menos el tercer apartado que se suprime) materializan la fórmula utilizada para conjugar el interés particular del acreedor privilegiado y el interés de la colectividad, ordenando la paralización de las ejecuciones de garantías reales en tanto se negocie un Convenio que no afecte al contenido de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Hasta entonces, los acreedores privilegiados, excepto en los casos de bienes o derechos no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, se ven sometidos al interés del concurso, sacrificando el suyo propio.²⁹¹

²⁹¹ La E. de M. III de la Ley Concursal al respecto establecía que: «Una de las novedades más importantes de la ley es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa

Un sacrificio que el legislador, según la que dispuso en la E. de M. de la Ley Concursal, considera «*justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso*», pues de esta forma se evita la sustracción de bienes de la masa activa que permitan el desarrollo de la actividad empresarial, lo que frustraría una eventual venta de la unidad productiva. Por tanto, los acreedores privilegiados deberán esperar a la aprobación de un Convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho, o bien, al transcurso de un año sin que se hubiera abierto la fase de liquidación, para poder proseguir o iniciar la ejecución separada y satisfacer su crédito con la venta del bien en garantía.²⁹² Lo anterior, como dicho, salvo que se trate de bienes o derechos declarados “no necesarios” para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Cuando se negocia la aprobación de un Convenio, el apoyo de los acreedores privilegiados es crucial. Es cierto que de la regulación concursal se desprende que el Convenio está más destinado o dirigido a la colectividad de acreedores ordinarios y subordinados, sin perjuicio de que los acreedores privilegiados puedan adherirse. Sin embargo, no debemos olvidar que la aprobación del Convenio no altera la prelación de créditos, de forma que, independientemente de los acreedores privilegiados adheridos al mismo, deberá satisfacerse con carácter previo el crédito privilegiado —después de los créditos contra la masa, se entiende—. A mayor abundamiento, si bien el artículo 376 TRLC exige unos porcentajes de voto favorable del pasivo ordinario, lo cierto es que en dicho cómputo debe entenderse incluido en el pasivo ordinario los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta (como se dispone ahora expresamente en el artículo 377 TRLC, tal y como se deducía del anterior art. 121.4.II LC), sin que ello

pasiva (...)». Con relación a este tema, véase GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los ‘intereses concurrentes’ y del ‘interés del concurso’ en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, n.º 94, abril-junio, 2004, pp. 173-182.

²⁹² Esta idea de anteponer el interés del concurso al particular de los acreedores privilegiados ha venido consolidándose desde la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, así como las sucesivas, como el RD-Ley 4/2014, de 7 de marzo, en materia de acuerdos de refinanciación.

sea óbice para que se les aplique el contenido del Convenio correspondiente a su clase.²⁹³

Por esta razón, el apoyo de los acreedores privilegiados es determinante no solo para la aprobación del Convenio —en caso de que no se alcancen las mayorías del pasivo ordinario—, sino también para su correcta ejecución y cumplimiento, pues de no adherirse el acreedor privilegiado no le será de aplicación los términos del mismo y podrá iniciar o reanudar la acción de ejecución separada, con el consiguiente perjuicio para la masa activa.²⁹⁴

En la práctica jurisdiccional los acreedores privilegiados esenciales para la materialización de un acuerdo beneficioso para el interés del concurso exigen garantías que permitan asegurar la recuperación del crédito afectado por la quita. En efecto, por lo general la mayoría de Convenios propondrán una quita de parte del crédito que también afecta al crédito privilegiado. En estos casos, las entidades financieras solicitan la vinculación de los socios de la empresa o terceras personas para que puedan recuperar la quita con carácter previo a prestar su voto a favor del Convenio. A modo de ejemplo, si se pactó el cumplimiento íntegro y en tiempo de las cuotas no vencidas de una hipoteca y una quita del 30 % sobre las cuotas vencidas y no satisfechas, la entidad financiera repercutirá dicha cantidad sobre una tercera persona. Esto es más frecuente cuando las cuotas vencidas y no satisfechas alcanzan una determinada magnitud, en cuyo caso podría darse el bien en pago de la deuda. Cuando al contrato le quede mucha vida, a la entidad financiera le puede interesar apoyar la continuidad empresarial si se le garantiza que le serán abonados los créditos contra la masa que se vayan generando.

También puede ocurrir que existan acreedores privilegiados en una posición singularmente beneficiosa que exijan un trato favorable. Por ejemplo, no es lo mismo aquel acreedor que tiene garantizado su crédito con la nave donde se desarrolla la actividad empresarial que aquel otro al que se le adeuda una cantidad pequeña en

²⁹³ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.160-1.161.

²⁹⁴ Por ejemplo, en el supuesto que se pretenda alcanzar un Convenio de continuidad donde se deba disponer de la nave de la concursada a favor de una entidad financiera, sin la que no sería posible desarrollar la actividad empresarial.

comparación con el bien objeto de garantía, de forma que puede atenderse a su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos (art. 430.2 TRLC, anterior art. 155.2 LC). En este supuesto, el acreedor cuyo voto favorable es esencial para la consecución del Convenio exigirá que le sean aplicables unas condiciones más beneficiosas respecto del resto de acreedores de su misma clase. Estaríamos, pues, ante un trato singular que requerirá el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo privilegiado no afectado por el trato singular (art. 378 TRLC, anterior art. 125.1 LC), lo que puede acarrear desacuerdos entre acreedores y frustrar la aprobación del Convenio.

Estas razones fueron las que llevaron al legislador a la reforma del régimen de la extensión subjetiva del Convenio, introduciendo el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, un apartado tercero al anterior art. 134 LC (actual artículo 397.2 TRLC), posibilitando que cuando concurren determinadas mayorías reforzadas pueda arrastrarse a la parte del crédito privilegiado que no votó a favor ni se adhirió a la propuesta de Convenio, quedando afectado por los términos del mismo. Evidentemente, la aplicación de este supuesto se circunscribe a la concurrencia de unas mayorías que no son fáciles de alcanzar y afecta a la respectiva clase de acreedor privilegiado que vote a favor (laborales, públicos, financieros y resto de acreedores). Gracias a este mecanismo pueden desencallarse situaciones en las que un único acreedor o un pequeño grupo de acreedores obstaculizan la aprobación de un Convenio anteponiendo su interés particular al del concurso.

2.2.2. Conflictos entre acreedor y avalista: los límites subjetivos del Convenio

En la práctica ocurre que el contenido del Convenio puede tener incidencia en terceras personas distintas del deudor y del acreedor, que son los protagonistas principales de la aprobación del mismo. Así ocurre con los fiadores o avalistas de la concursada, quienes garantizan el cumplimiento de su compromiso frente a los acreedores. Por lo general, los acreedores, ante el incumplimiento de la concursada, ejecutarán el aval y verán satisfecha su deuda a costa de estos. Los fiadores, que deberán soportar en su patrimonio los efectos de la insolvencia de la concursada — deudor principal— tendrán serios problemas para reclamar a ésta el reembolso de lo avalado, pues en la mayoría de los casos el activo será insuficiente para recuperar el crédito.

El legislador es consciente de que este escenario genera conflictos de intereses entre acreedores y fiadores o avalistas, sobre todo en sede de aprobación de Convenio, lo que puede contaminar el voto del acreedor ordinario con garantía personal, pues es posible que se comporte de manera caprichosa, arbitraria o generosa con un Convenio que le es ciertamente indiferente, lo que puede ir en detrimento del resto de acreedores.²⁹⁵

Por esta razón, el art. 399 TRLC (anterior art. 135 LC) regula la eficacia y los efectos de Convenio en los terceros afectados por el mismo indirectamente, como, por ejemplo, el caso de los fiadores o avalistas, que no intervienen en el procedimiento concursal en tanto no se haya ejecutado la fianza y subrogado en la posición del acreedor con garantía. Este régimen distingue dos supuestos, en función del sentido del voto del acreedor con garantía, y parte de la premisa que su voto puede tener impacto en las posibilidades de recuperación del crédito del fiador.

²⁹⁵ En este sentido, véase PERDICES HUETOS, A., *Fianza y Concurso: las garantías personales en la Ley Concursal*, Thomson Civitas, 2005, p. 126; FÍNEZ RATÓN, J. M., «La prórroga forzosa como causa de extinción de la fianza (análisis del artículo 1.851 del Código Civil)», en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 5, enero-marzo, 1993, p. 131.

Cuando el acreedor con garantía no hubiera votado a favor del Convenio —ya sea por haberse abstenido o votado en contra—, el contenido del mismo no afectará a la relación jurídica entre acreedor y fiador o avalista, no beneficiándose este último de la quita o espera aprobada (art. 399.1 TRLC). Esta solución, si bien es coherente con la premisa reseñada anteriormente, no está libre de generar conflictos y perjuicios al tercero fiador.

Por ejemplo, imaginemos que el acreedor ordinario no vota a favor de un Convenio que prevé una quita del 50 %, pues en cualquier caso su crédito está garantizado en su totalidad por una entidad bancaria, que avala a la concursada.

En este escenario, pueden ocurrir dos situaciones.

La primera, que el Convenio se apruebe y el acreedor ejecute el aval y recupere la totalidad de su crédito, al quedar intacta su garantía al no haber votado a favor del Convenio. En cambio, el fiador tan solo podrá reclamar el reembolso del 50 % de lo avalado, pues el Convenio tiene plena eficacia entre deudor principal y fiador. Puede parecer una situación injusta para el fiador, pues a diferencia del acreedor con garantía no vería recuperado la totalidad de su crédito. Sin embargo, esta situación es acorde con la naturaleza aleatoria de la fianza y con el riesgo que asumió voluntariamente el fiador al garantizar a la concursada.²⁹⁶ Más injusto sería pretender trasladar sobre el patrimonio del acreedor las consecuencias de la insolvencia del deudor cuando precisamente se constituyó una garantía para evitar los efectos negativos de un eventual incumplimiento de la obligación.

La segunda situación que puede ocurrir es que no se apruebe el Convenio, con independencia del impacto que haya podido tener la ausencia de voto favorable del acreedor con garantía. En este caso, a diferencia del anterior, el acreedor vería

²⁹⁶ LEIVA FERNÁNDEZ, L., *El alea en los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 15-16. En un sentido similar, la SAP A Coruña, de 9 de julio de 2009 (EDJ 152586) cuando dice que «*Ello le puede producir una pérdida patrimonial, pero que encuentra su justificación en la circunstancia de que asumió voluntariamente la fianza con la condición de solidaria, siendo la quita y espera una concreción del riesgo que aceptó, con respecto a la insolvencia del deudor principal*».

igualmente satisfecho la totalidad de su crédito con la ejecución del aval, si bien, el fiador habría perdido una oportunidad de recuperar su crédito al no intervenir en el procedimiento concursal y no poder votar a favor de un Convenio que le beneficia. Así, puede darse el supuesto que la recuperación del 50 % del crédito sea viable con la aprobación del Convenio, mientras que su frustración suponga la pérdida total del crédito avalado. Esta situación es injusta porque se está privando de voto al fiador que, no siendo parte, será a quien le afecten los términos del Convenio. La única solución que tiene el fiador frente a esto es abonar el crédito garantizado renunciando a su beneficio de excusión, pues la espera a la ejecución de los bienes del deudor puede acarrear un perjuicio a largo plazo para el fiador, al no poder pronunciarse sobre un Convenio cuyo contenido indudablemente le afectará.

Este conflicto de intereses que puede generarse entre acreedor y fiador, provocado, en parte, por las deficiencias de la normativa concursal y la ausencia de una regulación que evite situaciones como ésta, puede solventarse si el acreedor vota a favor del Convenio en beneficio del fiador, si bien con el compromiso de éste de que la garantía entre ellos no quede afectada. Esta es la forma que asegura un mayor interés para todas las partes del Convenio cuando sea vital el apoyo de acreedores con garantía y el Convenio sea la única forma de maximizar la recuperación del crédito.

En cambio, cuando el acreedor con garantía vote a favor del Convenio, la relación con el fiador o avalista *«se regirá por los pactos que sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído»* (art. 399.2 TRLC). Esto significa que el fiador podrá oponer los beneficios que deriven del Convenio (v. gr., una quita del 50 %, una espera de 2 años, etc.), salvo que existan pactos entre las partes que lo impidan, como pudiera ser la existencia de una cláusula que mantuviera la garantía total del crédito en caso de aprobación de Convenio. Con esta regulación el legislador pretende evitar que el acreedor vote a favor de un Convenio cuyos términos no le serán, en realidad, de aplicación, de forma que reduzca las posibilidades de cobro del avalista sin su consentimiento. Por ejemplo, el acreedor podría votar una quita del 50 % que pudiera perjudicar al avalista, que debería pagar la totalidad del crédito y solo recuperar la

mitad. En otras palabras, «*se produciría la paradójica situación de que el acreedor sería el titular del voto y, el tercero, el afectado por el ejercicio de tal derecho*».²⁹⁷

Algún autor ha planteado la validez que pudiera tener una cláusula que desplazara la aplicación de esta norma, de forma que deudor y acreedores pudieran aprobar un Convenio despojando a los fiadores de los beneficios del art. 399.2 TRLC. Analizando la situación, considero, compartiendo la opinión doctrinal de ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, que la respuesta a tal interrogante debe ser negativa, pues resulta necesario en todo caso para modificar la relación entre acreedor y fiador el consentimiento de este último, de forma que si se aprobara un Convenio que contuviera dicha cláusula, el fiador podría beneficiarse de las quitas o esperas previstas por aplicación del art. 399.2 TRLC.²⁹⁸

²⁹⁷ SAP A Coruña, de 9 de julio de 2009 (EDJ 152586); SAP Zaragoza, de 29 de mayo de 2013 (EDJ 109813).

²⁹⁸ ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, A., ob. cit., pp. 1.282-1.283. Al respecto, el autor para negar tal posibilidad, señala lo siguiente: «*Con independencia de la vinculación del contenido del Convenio, lo cierto es que las mismas en nada modifican ni el régimen previsto en la Ley, ni en supuesto de hecho que se trata de regular. El legislador lo que pretende amparar es que el acreedor no actúe en el concurso con absoluta despreocupación de los intereses de los avalistas o fiadores, puesto que se produce un posible conflicto entre ambos. Precisamente por ello, es por lo que el voto favorable del acreedor, sin la previa autorización del avalista o fiador, conllevará que las quitas o esperas que se deriven del Convenio beneficien a estos últimos, que no tienen por qué asumir unas peores condiciones para la recuperación de la obligación avalada por la simple voluntad del beneficiario del aval*».

2.3. Abordaje del crédito privilegiado

Como sabemos, los acreedores privilegiados no quedan afectados por el Convenio salvo que voten a favor, sean autores de la propuesta o se adhieran a él posteriormente a su aprobación y hasta la declaración judicial de cumplimiento (art. 397.1 TRLC). Sin embargo, no debemos olvidar que la aprobación de un Convenio no cambia el orden de satisfacción de los créditos, por lo que el pasivo privilegiado deberá ser satisfecho con carácter preferente al pasivo ordinario, y éste, a su vez, antes que el pasivo subordinado. Por tanto, aunque el Convenio vaya dirigido a los acreedores ordinarios y subordinados, lo cierto es que debe tenerse en cuenta la satisfacción del pasivo privilegiado sino se quiere derivar al Convenio a su incumplimiento.

La reforma del RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, ha introducido una novedad importante en cuanto a la extensión subjetiva del Convenio, de forma que el crédito privilegiado puede quedar forzosamente afectado al mismo cuando los acreedores de su misma clase alcancen las mayorías del art. 397.2 TRLC. Sobre este precepto ya decimos que el legislador ha precisado que el arrastre del crédito privilegiado va por clases de acreedores, por lo que en total habrá 8 clases distintas de acreedores, cuatro —laborales, públicos, financieros y resto de acreedores— correspondientes a cada clase de acreedor privilegiado (especial y general).²⁹⁹

Cuando existe un elevado pasivo privilegiado esta novedad abre la posibilidad a que una parte de los acreedores privilegiados puedan quedar vinculados al mismo, lo que beneficia a la colectividad de acreedores, en concreto, a los ordinarios, que son los que cobrarán después. Ahora bien, el sistema de mayorías en función de la clase de acreedor beneficia a aquellas clases donde el crédito privilegiado esté más repartido (laborales, financieros, resto acreedores), mientras que blinda la posibilidad de que el crédito público pueda ser arrastrado. En efecto, en la mayoría de procedimientos concursales los acreedores públicos serán, en exclusiva, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Administración General de la Agencia Tributaria, con un reparto similar del pasivo que impida arrastre alguno. No ocurrirá lo mismo, por ejemplo, en los

²⁹⁹ Sobre esto MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 413, señalan «*la necesidad que puede surgir en algún concurso de tener que realizar hasta ocho cómputos diferentes para que puedan quedar vinculados los privilegiados que no votaron a favor*».

acreedores privilegiados generales de carácter laboral, al estar conformado por numerosos trabajadores de la empresa.³⁰⁰

En consecuencia, las previsiones de arrastre del crédito privilegiado deben hacerse con relación a cada clase de acreedores correspondientes al crédito privilegiado general y especial. Esto intensifica, sin duda, las negociaciones previas a la proposición del Convenio, pues los acreedores privilegiados interesados en el Convenio se involucrarán más para conseguir el arrastre del resto de créditos privilegiados, lo que puede traducirse en una mejora de los términos del Convenio.³⁰¹ Puede ocurrir que para alcanzar las amplias mayorías previstas en el art. 397.2 LC deban establecerse tratos singulares a determinados acreedores que supongan una gran parte del pasivo cuando su voto favorable implique desencadenar este mecanismo. Evidentemente, en este caso sería necesario la doble mayoría del art. 378 TRLC, que sería fácilmente alcanzable si dicho trato singular deriva en un trato más beneficioso para el conjunto de los acreedores. En este caso, el cómputo no distinguiría entre clases, sino que sería suficiente con que votara a favor, en la misma proporción, el pasivo no afectado por el trato singular.

La problemática surge respecto de la deuda procedente de las Administraciones públicas, pues por lo general no se involucran en el proceso de formación de un Convenio, máxime cuando para que su crédito se vea arrastrado se necesita el beneplácito de un mismo organismo de la Administración pública, algo que parece difícil al existir cierta unidad de decisión. Ahora bien, tanto la TGSS como la AEAT no suelen poner trabas a la consecución de los Convenios votando en contra, simplemente

³⁰⁰ Esto plantea la duda de qué clase de acreedor es el Fondo de Garantía Salarial cuando se subroga en la posición de los trabajadores. Si consideramos que es un acreedor público, con la subrogación se desviaría parte del crédito privilegiado laboral al público. En cambio, si se considera que es un acreedor laboral, el FOGASA vería blindada su posición al no poder ser arrastrado, por lo general, por el resto de acreedores laborales. Entendemos que la subrogación lo es a todos los efectos y no varía la naturaleza del crédito.

³⁰¹ No conculcaría el art. 319.1 TRLC un Convenio que modulase la satisfacción de los acreedores en función de que opere el abordaje del crédito privilegiado, de forma que las clases donde se produzca el arrastre verían reducida su quita.

se mantienen al margen. Que no les interese verse afectados por los términos del acuerdo no significa que no estén dispuestos a concertar aplazamientos con el deudor al margen del Convenio, de forma que se facilite su cumplimiento. Pero, como es evidente, tampoco los organismos públicos pueden aceptar quitas o esperas como los demás acreedores, atendido el interés general que está en juego.³⁰² Con independencia de la deuda privilegiada, lo cierto es que la afectación respecto de la deuda ordinaria y subordinada es como la de cualquier otro acreedor, por lo que es posible que al pasivo ordinario le interese adherirse al Convenio.³⁰³ En cualquier caso, de conformidad con el art. 356 TRLC (anterior art. 123.2 LC), un eventual voto a favor se entenderá emitido exclusivamente respecto de los créditos ordinarios, salvo que se hubiera expresado lo contrario.

Por último, se plantea la cuestión de si queda afectado por el Convenio el acreedor privilegiado que ha votado a favor del Convenio con la intención de arrastrar el crédito privilegiado cuando finalmente no se alcancen las mayorías exigidas. Parece que la respuesta debe ser afirmativa, pues la prohibición de votar condicionadamente impide que pueda condicionarse el voto a la consecución de la mayoría requerida, por lo que todos los acreedores que hubieran votado a favor del Convenio quedarían vinculados.³⁰⁴ Sin duda, esto puede desincentivar el voto en los casos en que la consecución de la mayoría exigida no sea clara, para evitar verse afectados por el Convenio de no arrastrarse el crédito privilegiado. No obstante, respecto los acreedores privilegiados arrastrados a los cuales se les extienden los efectos del Convenio en contra de su voluntad, estarán plenamente legitimados para oponerse a su aprobación de conformidad con el art. 382.1 TRLC (anterior art. 128.1.II LC), conservando, asimismo,

³⁰² Además de las limitaciones en cuanto al contenido del Convenio respecto los acreedores públicos, cuyo contenido debe limitarse a quitas y/o esperas (art. 317.2 TRLC), sin que pueda imponérseles la cesión de bienes en pago.

³⁰³ En materia de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, la STS de 2 de julio de 2019 establece que la condonación se extiende a la deuda ordinaria y subordinada pública, rompiendo el blindaje del crédito público que venía operando hasta la fecha.

³⁰⁴ MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), ob. cit., p. 413.

los derechos contra los avalistas, fiadores y terceros garantes del concursado en toda su amplitud, de acuerdo con el art. 399.1 TRLC.³⁰⁵

³⁰⁵ Así se recoge en las Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, celebrada el 7 y 21 de noviembre de 2014, sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la ley concursal operadas por el Real Decreto-Ley 11/2014 y la Ley 17/2014.

2.4. La importancia del plan de pagos

A diferencia del plan de viabilidad, el plan de pagos es un documento imperativo que debe acompañar a toda propuesta de Convenio, con independencia que sea anticipada u ordinaria o se prevea la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor o no. La normativa concursal, al margen de señalar su imperatividad, regula de manera escueta su contenido, al disponer que *«las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos. En el plan de pagos se determinarán, además, los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos de la masa activa.»* (art. 331 TRLC, anterior art. 100.4 LC).

Con carácter previo al examen del contenido necesario del plan de pagos y los problemas que puede acarrear una incorrecta elaboración del mismo, podemos resumir sus notas características en tres:

- 1) obligatoriedad, al resultar necesario su acompañamiento a toda propuesta de Convenio;
- 2) minuciosidad, al establecer de manera detallada el calendario de pagos y los recursos de la empresa para el cumplimiento del Convenio; y
- 3) vincula los acuerdos convenidos en la propuesta de Convenio, debiendo permitir estos los compromisos acordados en cuanto a plazos, forma de satisfacer a los acreedores y mantenimiento de la actividad.³⁰⁶

³⁰⁶ SWIEC TENENBAUM, A., *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, Fe d'erratas, Madrid, 2013, p. 24.

2.4.1. Recursos previstos para el cumplimiento del Convenio

La normativa concursal recoge la necesidad de que el plan de pagos exprese detalladamente los recursos previstos para el cumplimiento del Convenio. En síntesis, puede decirse que este documento debe contener una relación de los bienes y derechos de la concursada que están vinculados al Convenio, ya sea por estar afectos a una operación prevista en él, ya sea por servir para atender el pago de los créditos en los términos estipulados, en su caso, previa las enajenaciones previstas.

Para la confección del listado puede ser de utilidad el inventario presentado por la Administración Concursal o, en su caso, por el deudor, con la declaración de concurso, si bien, en este último caso, debe procederse con cautela pues los datos aún no han sido contrastados por aquella, de forma que puede estar sujeto a variaciones importantes. Entre los recursos pueden incluirse las existencias, las participaciones o las acciones que tenga la empresa, los deudores comerciales, la tesorería actualizada a fecha de la propuesta, etc. También pueden incluirse otros elementos que no estarían incluidos en el inventario de la masa activa, como la cartera de clientes, siempre y cuando estos sean recurrentes y permita garantizar un flujo de caja constante y hacer frente a los gastos de explotación y, en su caso, a los créditos concursales.

En suma, lo importante es detallar todos los recursos que pretenden ser utilizados para el cumplimiento del Convenio, con independencia de las operaciones de enajenación y las acciones que prevea el plan de viabilidad para incrementar la facturación de la empresa y su viabilidad patrimonial. Es como si se tratara de una fotografía de los recursos con los que cuenta la empresa a fecha de presentación de la propuesta de Convenio. Cuando en el marco de las negociaciones se haya alcanzado un acuerdo de refinanciación por medio de pagos directos, avales, fianzas y otras garantías prestadas por terceros que incrementen los recursos que sirvan para atender al cumplimiento del Convenio, deberán incluirse, si bien reseñando brevemente dichos acuerdos y vinculando el contenido del plan de pagos a los términos de la propuesta de Convenio.

En este punto debemos señalar la importancia de una correcta delimitación de la masa activa de la concursada, así como de los ingresos de tesorería o previsiones de cobro, con tal de poder afrontar los pagos comprometidos. Cuando la propuesta se

aporte una vez presentado el informe de la Administración Concursal, dicho documento puede servir para contrastar los datos ofrecidos por el proponente, de forma que tanto los acreedores como la Administración Concursal pueden denunciar posibles errores o imprecisiones del plan de pagos que puedan comprometer el cumplimiento del Convenio. No obstante, en tanto la propuesta se puede presentar con la solicitud de declaración de concurso o, incluso, después de ésta y antes de los textos provisionales de la Administración Concursal, es posible que los datos que fundamenten el plan de pagos no hayan sido revisados por aquélla. En estos casos, todas las partes deben extremar la cautela y establecer valores razonables y prudentes, pues en caso contrario no sería el primer caso donde una incorrecta valoración de la masa activa sea la causante del incumplimiento del Convenio y del agravamiento de la insolvencia de la concursada.³⁰⁷

³⁰⁷ Así, en el concurso de MZ Imer, S.A., la Administración Concursal alegó en su escrito de calificación que la principal causa que había provocado el incumplimiento del Convenio y el agravamiento de la insolvencia de la concursada era la diferencia entre el activo presentado en la propuesta de Convenio y el activo real que la Administración Concursal encontró cuando se abrió la fase de liquidación, en concreto, en las partidas de maquinaria, existencias y deudores. No obstante, el Juzgador en la pieza de calificación no compartió el criterio de la Administración Concursal, al considerar que en los procesos de liquidación llegan a pagarse precios ínfimos por los bienes de los concursados, que no llegan ni al 50 por ciento de la estimación del valor de liquidación que se fija en el inventario, lo que explica que la cantidad obtenida por las partidas señaladas puedan presuponer culpabilidad alguna porque no significa necesariamente que se hayan perjudicado los bienes, en su cantidad o calidad (SJM n.º 1 de Zaragoza, núm. 256/2016, de 26 de octubre).

2.4.2. Operaciones de enajenación

Como contenido del plan de pagos también se hace referencia a los recursos procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, ya sea con la venta de la unidad productiva en el marco de un Convenio de asunción, con la enajenación aislada de determinados activos del deudor o, en suma, con cualquier otra operación que pueda afectar al cumplimiento del Convenio (v. gr., cantidades obtenidas con el arrendamiento de bienes inmuebles, plan de desinversiones, etc.). Así, puede ocurrir que en el listado de recursos se hayan detallado bienes y derechos que conforman el perímetro de la unidad productiva, en cuyo caso deberá también reseñarse dicha operación, con la identificación de las partes, términos y acuerdos alcanzados.

En este punto es preciso advertir de la importancia de diferenciar entre el valor del bien que se recoge en el inventario de la masa activa y el valor de realización que se espera. Como se ha dicho, como suele ocurrir frecuentemente en la liquidación de la empresa, los bienes se venden por debajo de su valor de inventario. Es evidente que en fase de liquidación esta venta por debajo del valor no tiene tanto impacto como cuando lo que se pretende es cumplir con un acuerdo alcanzado con los acreedores. Por esta razón, el valor de realización debe ser prudente y tener en cuenta estas circunstancias, salvo que se haya llegado a un acuerdo previo.

En cualquier caso, a la descripción de las operaciones de enajenación deberán añadirse los compromisos concretos que hubieran asumido terceros (v. gr., continuación de la actividad empresarial, asunción de parte del pasivo, compra de determinados activos, etc.), de tal forma que el plan de pagos se halle en todo momento vinculado con el contenido de la propuesta de Convenio. Con relación a esto debe recordarse la prohibición que el Convenio encubra una liquidación global del patrimonio del concursado y otras prohibiciones contempladas en el art. 318 TRLC.

2.4.3. Pago de créditos contra la masa

Al margen del calendario de pagos previsto en atención a las quitas y esperas acordadas, así como, en su caso, el plan de viabilidad, el plan de pagos debe recoger un listado de todos los créditos contra la masa existentes a fecha de presentación de la propuesta de Convenio, con independencia de que sean exigibles.

La aprobación de un Convenio no altera las reglas de prelación de los créditos de la Ley Concursal, de forma que los créditos contra la masa deben seguir siendo satisfechos con anterioridad al pago de la deuda concursal. Cuando se prevea la continuación de la actividad empresarial y deba elaborarse un plan de viabilidad, es importante que ambos documentos se coordinen, de forma que pueda acreditarse que la empresa va a generar recursos suficientes para atender a los créditos contra la masa devengados y no satisfechos y los gastos de explotación.

En el más que probable supuesto que el deudor haya concertado acuerdos con las Administraciones y organismos públicos al margen del Convenio, estos deberán recogerse en el plan de pagos, además de los tratos singulares que puedan existir y sean susceptibles de generar solapamientos en el pago de los distintos acreedores.

Es importante tener un control sobre los créditos contra la masa que se generarán con la continuación de la actividad de la concursada, máxime cuando deban realizarse en el marco del Convenio despidos que puedan incrementar sustancialmente estos créditos a causa de las indemnizaciones. Para evitar que gastos extraordinarios puedan derivar en un incumplimiento del Convenio, deben manejarse datos precisos y prudentes, así como prever el destino de una parte de los ingresos a un fondo de reserva para poder afrontar imprevistos.³⁰⁸

³⁰⁸ La SJM n.º 1 de Zaragoza, núm. 256/2016, de 26 de octubre, en sede de calificación ha señalado que *«la continuación de la actividad laboral implica necesariamente que deban producirse créditos contra la masa de dicha naturaleza, por lo que el incremento de los créditos contra la masa no presupone culpabilidad alguna»*.

2.4.4. Delimitación de los períodos de espera

La determinación de los períodos de espera debe realizarse en función del pasivo concursal y del plan de viabilidad y de la capacidad para generar tesorería suficiente durante el desarrollo de la actividad empresarial. También debe tenerse en cuenta que la normativa concursal establece unas mayorías para la aprobación del Convenio en función de su gravosidad, que vendrá determinada, entre otras, por el período de espera. Las esperas no superiores a 3 años tan solo requirieren que el pasivo que vote a favor sea superior del que vote en contra. En cambio, las esperas no superiores a 5 años requerirán el voto favorable del 50 % del pasivo ordinario y las superiores a 5 años del 65 %, no pudiendo superar en ningún caso los 10 años (artículo 376 del TRLC, anterior art. 124.1 LC)³⁰⁹.

La espera debe establecerse en función del volumen de negocio de la empresa y de los gastos que deban ser atendidos necesariamente antes de proceder al pago del crédito ordinario: crédito privilegiado, gastos corrientes de la empresa, nóminas, impuestos, etc. Una vez hemos deducido de los ingresos de la empresa todos los gastos, así como, en su caso, guardado una reserva para imprevistos, puede determinarse el tiempo que se necesita para pagar la deuda concursal. De esta manera, deberemos establecer primero el tiempo necesario para el pasivo privilegiado y una vez satisfecho éste fijar el calendario para el resto de deuda concursal. Las deudas exigibles son las vencidas, por lo que el pago del pasivo puede ser simultáneo al de los créditos contra la masa de contratos cuya vida se mantenga durante el cumplimiento del Convenio.

No es recomendable establecer plazos de espera dilatados en el tiempo sin que se abonen los intereses, pues desincentiva la aprobación del Convenio. Sobre esto, debemos recordar que el art. 320 TRLC (anterior art. 59.2 LC) permite el pacto mediante el cual se satisfagan los intereses cuyo devengo se suspendió con la declaración de concurso, lo que puede ser un aliciente para que los acreedores se adhieran al Convenio cuando se prevean tiempos de espera superiores a 3 años.

³⁰⁹ Si bien, actualmente, el artículo 376.3 TRLC ya no hace referencia expresa al límite de los 10 años (como sí había el art. 124.1 LC) dicho límite sí debe entenderse vigente, dado lo dispuesto en el artículo 317.1 TRLC.

2.5. El plan de viabilidad como piedra angular del Convenio

Los Convenios que tienen más probabilidad de ser incumplidos son aquellos que prevén la continuación de la actividad empresarial del deudor como fuente de recursos para atender a su cumplimiento, pues en estos casos es necesario la elaboración de un plan de viabilidad donde se establezcan los pasos a seguir en la empresa para cumplir con todos los acuerdos contenidos en él y los compromisos adquiridos en el plan de pagos.

Es evidente que, en los supuestos de continuación de la actividad empresarial, los acreedores, además de conocer cuáles son los recursos con los que dispone la empresa y el calendario de pagos previsto, necesitan garantías de que dicha continuidad es viable económicamente y que va a suponer una maximización de la recuperación de su crédito. En caso contrario, la actividad empresarial puede ser manifiestamente perjudicial para el interés del concurso al estar generándose unos gastos de explotación que no podrían ser satisfechos, incrementando la deuda y reduciendo las expectativas de cobro de la colectividad de acreedores.

Para SWIEC TENENBAUM el plan de viabilidad tiene como finalidad principal *«modificar el proyecto empresarial vigente a la fecha de solicitud de concurso, posibilitar la consecución de los acuerdos adoptados en el Convenio, sustentar los compromisos que se adquieran en el plan de pagos, y a la vez, generar liquidez suficiente para alcanzar el equilibrio patrimonial, el cual permitirá al concursado continuar con la actividad, y generar los recursos necesarios para satisfacer los derechos de los acreedores, manteniendo la empresa en funcionamiento»*.³¹⁰

El plan de viabilidad se confecciona a partir de datos fácticos que permitan establecer unas previsiones de beneficios en función de los ingresos y gastos de la empresa; básicamente, se está apostando por una serie de cambios respecto el *status quo* de la empresa a fecha de declaración de concurso que van a suponer, en teoría, que la empresa mantenga su actividad económica de manera viable. Precisamente por esta razón, al basarse en datos económicos y no ser una ciencia exacta, el plan de viabilidad en ningún caso asegura la viabilidad patrimonial de la empresa. Ahora bien, cuanto más

³¹⁰ SWIEC TENENBAUM, A., ob. cit., p. 25.

exactos sean los datos en los que se basa, mayor será la probabilidad de éxito. Por ello, es sumamente importante conocer los antecedentes de la concursada y los hechos causantes de su insolvencia. Resulta crucial elaborar un estudio previo de la empresa para que puedan recopilarse la mayor cantidad de datos que permitan elaborar un plan de viabilidad que se ajuste a la realidad: descripción del sector de actividad, estudio de mercado, exposición y detalle del proceso productivo, plan de ventas y de marketing, organización empresarial, recursos humanos y funciones, etc. Además, deberá incluirse un análisis de las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades de la empresa (DAFO) de forma que puedan determinarse los cambios que deben introducirse en la misma para que sea viable.³¹¹

Una vez recopilados los datos anteriores, el paso siguiente es realizar un estudio de viabilidad y elaborar un plan de negocio en base al análisis DAFO, los recursos y medios de los que se dispone y las circunstancias de la empresa. En definitiva, se trata de formular aquellas hipótesis que nos permitirán señalar el modo en que la empresa podrá revertir su situación y generar los recursos suficientes para atender a los compromisos del Convenio. Como resultado pueden obtenerse planes de actuación en distintos ámbitos de la empresa (v. gr., plan de producción, plan de marketing y plan económico-financiero).

³¹¹ Para conocer la importancia real del estudio de la empresa puede traerse a colación el concurso de Llanera Urbanismos e Inmobiliaria, S.L., en cuyo plan de viabilidad no se previó el receso de la economía española. Así, en la SJM n.º 2 de Valencia, núm. 388/2014, de 27 de noviembre, en sede de calificación, se dice que *«la situación del mercado inmobiliario desde finales de 2009 hasta el momento actual, la caída del PIB en España, y la promoción inmobiliaria por la falta de crédito para adquisición de viviendas y la competencia que supone la actividad desplegada por las entidades bancarias dando salida a su cartera de inmuebles. Estas causas han afectado a la cifra de ventas de unidades inmobiliarias comercializadas por la concursada, las cuales se hallan lejos de las estimaciones razonablemente contempladas en el plan de viabilidad, que, unido a la recesión económica, se ha convertido en una constante en el mercado inmobiliario»*. Esta circunstancia impidió que la concursada pudiera afrontar el pago de una condena por una sentencia posterior de 23 millones de euros, pese a que hasta entonces contaba con los recursos y medios suficientes para cumplir con el Convenio concertado. Dicho esto, es esencial un estudio de los juicios pendientes o eventuales y de sus consecuencias económicas.

Sin lugar a duda el plan económico-financiero es el que tiene más peso dentro del proyecto de viabilidad de la empresa ya que es el que recoge, entre otros elementos, la rentabilidad del proyecto de negocio, la inversión requerida, la capacidad de autofinanciación, así como la capacidad para generar recursos suficientes para cumplir con los pagos estipulados.

La práctica concursal muestra como muchos Convenios son incumplidos a causa de planes de viabilidad que presentan deficiencias en su aspecto económico, al basar sus predicciones en datos erróneos o sobrevalorar la capacidad de crecimiento de la concursada. Quizás el error esté en que muchos profesionales pretenden ajustar el plan de viabilidad a su idea de propuesta de Convenio, cuando debe ser el plan de viabilidad quien justifique la gravosidad de los términos del Convenio, en especial, las quitas y/o las esperas. En otras palabras, el plan de viabilidad es quien marca el ritmo de la recuperación del crédito, pero, sobre todo, el documento que analiza si es posible recuperar dicho crédito o no. En ningún caso el plan de viabilidad puede utilizarse como herramienta para hacer viable una empresa que no lo es.³¹²

El resultado sobre la viabilidad de la empresa debe recogerse a partir de una previsión de los resultados anuales durante el período de cumplimiento de Convenio y el calendario del plan de pagos. En definitiva, de los datos obtenidos deberá preverse un resultado de los ejercicios de explotación siguientes, tomando en consideración los ingresos (v. gr., ventas, financiación) y gastos (v. gr., amortizaciones, impuestos, compras). En este sentido, es sumamente importante tomar como referencia unas previsiones de facturación que no excedan de los niveles referidos al último año, salvo que existan razones que lo justifiquen.³¹³ Todos los recursos que justifiquen esa facturación deben estar milimétricamente detallados en los documentos

³¹² En este sentido, GARCÍA MARTIN, V., *Viabilidad Financiera de la Empresa de Negocios*, Tirant Lo Blanch, 2009, señala que la viabilidad empresarial consiste en «conocer si se generará o no suficiente tesorería de la actividad ordinaria anual para satisfacer con puntualidad los compromisos adquiridos».

³¹³ Un índice o unidad de medida podrían ser las declaraciones del IVA de los cuatro trimestres anteriores a la fecha de elaboración del plan, de forma que se prevea una facturación similar a la del año anterior y un crecimiento en el volumen de facturación que sea realista, de un 3 o 5 %.

correspondientes, de forma que tanto Administración Concursal como los acreedores puedan valorarlo.³¹⁴ En cualquier caso, las previsiones del plan económico-financiero dependerán del sector de actividad de la empresa concursada y de sus características.³¹⁵ Una vez obtenida la previsión del resultado anual de los ejercicios siguientes, deberá traducirse en un estado de tesorería que se convertirá en el plan de pagos propuesto en el Convenio.³¹⁶

Es posible que los resultados no arrojen tesorería suficiente para atender a las obligaciones contenidas en el plan de pagos o, en suma, para afrontar a los créditos contra la masa generados con la continuidad de la actividad empresarial. También puede ocurrir que, si bien el resultado final arroja un saldo favorable, durante el transcurso del año la empresa tuviera problemas de liquidez para cumplir con sus pagos en plazo. Cuando los datos no permitan asegurar la viabilidad de la empresa no se puede sino adoptar una actitud consecuenta y buscar otras soluciones o, en su caso, optar por la solución liquidatoria. En caso contrario, se abrirá la posibilidad de una evaluación desfavorable por la Administración Concursal (artículos 347 a 350 TRLC, anterior art. 107.2 LC), o bien, de fundamentar una potencial oposición a la aprobación del Convenio por resultar el mismo objetivamente inviable (art. 348 TRLC, anterior art. 128.2 LC).

³¹⁴ Entendemos que una facturación que se base en un fondo de comercio debe ser prudente y reducir la facturación prevista para el año siguiente en un 10 % respecto el año anterior, de forma que se disponga un margen de reserva para posibles imprevistos.

³¹⁵ Así, existen sectores de actividad que por su naturaleza tienen limitado el crecimiento, a diferencia de otros. Por ejemplo, no es lo mismo el concurso de una empresa vinculada al petróleo, donde sabemos, generalmente, que el precio del crudo incrementa cada año, o una inmobiliaria, donde existe la certeza de que los alquileres se incrementan un tanto por ciento sobre la base del IPC anual, que el de una empresa dedicada al sector de la reparación de automóviles, donde el crecimiento puede verse congelado durante mucho tiempo.

³¹⁶ SWIEC TENENBAUM, A., ob. cit., p. 34.

3. Los efectos del incumplimiento del Convenio

El efecto principal del incumplimiento de Convenio es su resolución (artículos 403.3 y 404.1 TRLC). En la redacción original de dicho precepto, la Ley Concursal no utilizaba el término «*resolución*», sino el de «*rescisión*». La doctrina enseguida constató que cuando el legislador hablaba de «*rescisión*» no estaba invocando propiamente esta particular categoría de la ineficacia regulada en los arts. 1290 y ss. CC, pues nada tiene que ver dicho incumplimiento en la causa que motiva la rescisión civil. De todas formas, tampoco es acertado utilizar el término «*resolución*», pues al no ser el Convenio un contrato sinalagmático no puede operar la facultad resolutoria propia de estos contratos frente el incumplimiento (art. 1.124 LC).³¹⁷³¹⁸

Podríamos decir que la auténtica rescisión del Convenio se canaliza vía oposición a la aprobación del Convenio (arts. 382 y ss. TRLC). Así, los legitimados para formular oposición podrán alegar las razones por las cuales el Convenio no debe cobrar eficacia, ya sea por la infracción de normas sustantivas (sobre su contenido, forma o adhesiones) o procedimentales (reglas sobre tramitación escrita, constitución y/o celebración de la junta de acreedores). Incluso asemejando la oposición a la aprobación con la rescisión civil, deben guardarse las distancias entre una y otra figura dado que estamos ante un negocio jurídico *sui generis*.³¹⁹

Sea como fuere, el legislador introdujo un cambio en el término con el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, abogando por la «*resolución del Convenio*» para evitar las dudas interpretativas que pudiera generar su «*rescisión*»³²⁰. Con independencia del término utilizado, lo cierto es que, la resolución o rescisión del Convenio es el remedio que establece la normativa concursal para luchar contra su incumplimiento.

³¹⁷ BERMEJO, N., “Comentario al artículo 140”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.287.

³¹⁹ BENITO DE LOS MOZOS, A. I., ob. cit., p. 95.

³²⁰ La literalidad del ahora vigente artículo 403.3 del TRLC establece que: «*En el caso de ser estimada, en la declaración de incumplimiento del Convenio, el juez lo declarará resuelto y abrirá la fase de liquidación de la masa activa.*» En definitiva, se sigue haciendo referencia a una forma de “resolución” del Convenio.

Esta resolución del Convenio tiene dos efectos inmediatos: la desaparición de los efectos del Convenio sobre los créditos y la apertura de la fase de liquidación.

La desaparición de los efectos del Convenio sobre los créditos supone que resultarán ineficaces las quitas y las esperas aplicadas en virtud del mismo (art. 398 TRLC, anterior art. 136 LC), volviendo las deudas al estado anterior al de su aprobación y en las cuantías originales recogidas en la lista de acreedores elaborada por la Administración Concursal. Evidentemente, esta desaparición únicamente va referida a los créditos afectados por el Convenio, esto es, los ordinarios, los subordinados y los acreedores privilegiados que hubieran votado a su favor, se hubieran adherido con posterioridad o hubieran sido “arrastrados”. Esto significa que los acreedores afectados por el Convenio resuelto podrán participar en la liquidación como si no hubiera existido dicho acuerdo y con la expectativa de ver satisfecha la integridad de su crédito.

No obstante, se mantienen los efectos de cualquier otro acuerdo de reestructuración incluido en el Convenio, como, por ejemplo, la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, o los acuerdos de enajenación de una parte de los activos y de cesión de parte del pasivo concursal a un tercero (actuales artículos 317.2 y concordantes TRLC, anterior art. 100.2 LC). Los acreedores que hayan optado por estas modalidades alternativas no se verán perturbados por la declaración de incumplimiento.³²¹³²²

Tampoco se verán afectados los pagos parciales que pudieran haberse satisfecho durante la vigencia del Convenio. En este sentido, el art. 439.1 TRLC dispone que *«si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un Convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de*

³²¹ BERMEJO, N., “Comentario al artículo 140”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.288; BENITO DE LOS MOZOS, A. I., *El Convenio Incumplido*, ob. cit., pp. 96-97.

³²² La nueva redacción del artículo 404.1 TRLC, al introducir la locución *«y cualesquiera otras modificaciones»* y al no hacer referencia ya al artículo que regula la eficacia novatoria del Convenio, podría dar a entender que esta interpretación ya no fuera válida. No obstante, entiende este autor que la misma interpretación se ha de mantener, por cuanto el antiguo artículo 136 LC ya se refería también, en general, a todo contenido del Convenio.

fraude, contravención al Convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores.» Por tanto, salvo prueba en contrario, existe una presunción de legitimidad de dichos pagos parciales. Ahora bien, no debe caerse en el error de pensar que los acreedores que vieron parcialmente satisfechos sus créditos tendrán una preferencia de cobro en la liquidación al haber visto adelantado su abono. Nada más lejos de la realidad; dichos acreedores deberán esperar a que los demás acreedores de la misma clase cobren el porcentaje equivalente antes de recibir el resto de la deuda.³²³

El RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, añadió un nuevo párrafo al art. 140.4 LC, que decía así: *«No obstante lo anterior, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al Convenio por aplicación de lo dispuesto en el art. 134.3 o que se hubiese adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiente el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso»*³²⁴. Esta adición no deja de ser una previsión con relación al arrastre del crédito privilegiado y la posibilidad de que acreedores privilegiados que no votaron a favor del Convenio queden vinculados forzosamente si concurren unas determinadas mayorías.

Esta «reintegración» de los créditos se produce desde el momento en que la Sentencia declaratoria del incumplimiento adquiere firmeza, sin que sea necesario pacto nuevo o declaración de voluntad alguna por las partes.

Por último, el incumplimiento del Convenio tiene como efecto la apertura de la fase de liquidación. Este efecto no se recogía expresamente en el art. 140.4 LC, sino únicamente en el art. 143.1.5.º LC, que preveía la apertura de oficio de esta fase al *«haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento de Convenio»*. No obstante, ahora, en el Texto Refundido de la Ley Concursal, el actual artículo 403.3 sí

³²³ BENITO DE LOS MOZOS, A. I., ob. cit., p. 97.

³²⁴ La anterior previsión se ha mantenido inalterada en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, si bien con modificaciones de estilo.

hace referencia directa a la apertura de la fase de liquidación en caso de ser estimada la declaración de incumplimiento del Convenio. Además, también se mantiene la mención en el actual artículo 409.1.5º, concordante al anterior artículo 143.1.5º de la Ley Concursal.

Así, en la resolución que declare el incumplimiento del Convenio se acordará la apertura de la fase de liquidación. Igualmente, en sede de calificación la apertura de la liquidación acordada de oficio por incumplimiento del Convenio debido a causa imputable al concursado es presunción *iuris et de iure* de concurso culpable (art. 443.6º TRLC).

4. Interacción entre liquidación e incumplimiento

Durante la fase de cumplimiento del Convenio, el deudor no solo está sujeto a un deber de comunicar el cumplimiento del Convenio cuando lo estime íntegramente cumplido *ex art. 401.1 TRLC*, sino también a un deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando prevea que no pueda afrontar los pagos a los que se comprometió frente a los acreedores en los términos del Convenio. Estamos ante un supuesto de conversión de la fase de Convenio en fase de liquidación que también puede ser solicitada por los acreedores cuando el deudor falte a su deber.

Por lo general, la apertura de la liquidación es una facultad que se reconoce al deudor como alternativa a la consecución de un Convenio y que puede solicitar en cualquier momento, sin límite temporal y sin necesidad de presupuesto alguno. Esto significa que el deudor puede solicitarla y el Juez deberá dictar Auto abriendo la liquidación en los 10 días siguientes (art. 406 TRLC, anterior art. 142.1 LC), con independencia de que la empresa resulte económicamente viable y de la voluntad de los acreedores y de la Administración Concursal.³²⁵ No obstante, algún autor ha apuntado que la liquidación de empresas viables puede tener relevancia en sede de calificación.³²⁶

Pero el legislador en el artículo siguiente cambia la redacción de la norma y con ello su carácter dispositivo, convirtiéndose en imperativo al utilizar el término «deberá pedir», en vez de «podrá pedir». En efecto, indica el art. 407.1 TRLC que *«durante la vigencia del Convenio, el concursado deberá pedir la liquidación desde que conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél»*, en similares términos a los expresados en el

³²⁵ Sobre esto se ha dicho que *«El deudor se convierte en el gran legitimado para instar la liquidación, en cualquier momento. Y más allá de las polémicas doctrinales y jurisprudenciales sobre la cuestión, dada la literalidad de la norma, no será posible ningún tipo de ponderación o limitación de esta facultad por parte del órgano judicial, que vendrá obligado»* (RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., «Apertura de la liquidación», en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, 2012).

³²⁶ MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA, C., «Comentarios al artículo 142», en LÓPEZ LÓPEZ, E., MACÍAS CASTILLO, A. (coords.), *Comentario práctico a la Ley Concursal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, p. 693.

anterior art. 142.2.I LC; siendo éste el único supuesto legal donde la liquidación se impone al deudor. Según BELTRÁN, esta previsión legal es un supuesto intermedio entre la liquidación voluntaria y la liquidación necesaria «con el que se persigue un tránsito rápido desde la solución negociada a la solución liquidatoria antes de que se produzca el fracaso definitivo del Convenio».³²⁷ También debe señalarse que la conversión a la fase de liquidación se producirá con independencia de la tramitación que se le haya dado al Convenio aprobado.

La solicitud del deudor en aras a cumplir con este deber legal debe realizarse antes de una eventual declaración de incumplimiento del Convenio, pues en este caso se produciría de oficio la apertura de la liquidación (art. 409.1.5º TRL, anterior art. 143.1. 5º LC). Para cumplir con este deber, previamente el deudor debe tener conocimiento de la insolvencia o, en palabras de la norma, «conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación» del Convenio; ello no deja de ser lo mismo que lo previsto en el art 2.3 TRLC (anterior art. 2.2 LC)³²⁸, pero redactado con otros términos. Esto pone de manifiesto que con la aprobación del Convenio se está volviendo a colocar al deudor en una situación similar a la anterior a la declaración de concurso, llevándole la insolvencia, en este caso, a la liquidación de su patrimonio; existe una equiparación entre el deber de solicitar la liquidación por imposibilidad de cumplir el Convenio con el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (art. 5.1 TRLC).³²⁹³³⁰ Consideramos

³²⁷ BELTRÁN, E., “Comentario al artículo 142”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.308.

³²⁸ Actualmente el TRLC define de forma separada la insolvencia actual (que no varía) de la inminente. Esta última se define cambiando el verbo poder en sentido negativo y en la tercera persona del singular del presente de indicativo (“no puede”) a la tercera persona del futuro de indicativo del mismo verbo también en sentido negativo (“no podrá”).

³²⁹ Actualmente el TRLC, especifica que dicha obligación únicamente opera en los casos de insolvencia actual.

³³⁰ La SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 9 de noviembre de 2014, establece lo siguiente: «De forma que, la amenaza que pesa sobre el deudor de apertura de la liquidación por

que no es necesario que se produzca el incumplimiento del Convenio como tal o sea inminente su incumplimiento, sino que es suficiente con que el deudor constataste que el incumplimiento es previsible objetivamente. Por «pagos comprometidos» y «obligaciones contraídas con posterioridad al Convenio» debemos entender incluidos no solo a los créditos contra la masa pendientes de satisfacción en el momento en que el Convenio adquiere eficacia, sino también la totalidad de los créditos concursales (privilegiados, ordinarios y subordinados).

Visto lo anterior, es evidente que legitimar únicamente al deudor para solicitar la apertura de la liquidación ante un incumplimiento del Convenio resulta peligroso, pues ante un incumplimiento solo se podría abrir esta fase de oficio previa declaración de incumplimiento a instancia de los acreedores, con el perjuicio que ello conlleva. Consciente de esto, el legislador para evitar dilatar la liquidación prevé su apertura a instancia de cualquier acreedor *que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso* (art. 407.2 TRLC, anterior art. 142.2.II LC). La redacción del precepto no puede ser más desafortunada y debe hacerse una interpretación correctora. Así, la norma faculta a dichos acreedores *«si el concursado no solicitara la liquidación durante la vigencia del Convenio»*, lo que, entendido en un sentido literal, tales acreedores solo podrían pedir la liquidación cuando el Convenio no se encontrara vigente, lo que disiparía la finalidad de la norma. Por ello, debemos entender que los acreedores pueden solicitar la liquidación durante la vigencia del Convenio y cuando el deudor haya faltado a su deber.

Como requisito se exige a los acreedores prueba de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso (art. 2.4. TRLC)³³¹. Resulta

incumplimiento del Convenio, debe ampliarse a la posibilidad de que la liquidación pueda también ser interesada por algún acreedor, cuando durante la vigencia del Convenio acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso conforme al art. 2.4 LC (art. 142.2 LC), lo que se ha venido a llamar ‘reinsolvencia’».

³³¹ Si bien la redacción actual del artículo 407.2 TRLC ha eliminado la referencia expresa a los hechos relevadores del estado de insolvencia contenidos en el artículo 2.4, es evidente que aludir a *«alguno de los hechos que puedan fundamentar una declaración de concurso»* es hablar de lo mismo.

interesante señalar las diferencias en el plano procesal entre la conversión directa y la acción de incumplimiento. En la conversión la legitimación se extiende a la totalidad de los acreedores, siendo el único requisito exigible el referido a la necesidad de que se acredite este extremo, mientras que en la acción de incumplimiento se restringe a *cualquier acreedor que estime incumplido el Convenio en lo que le afecte* (art. 402.1 TRLC, anterior art. 140.1 LC). Esto se traduce en que un acreedor conocedor de un incumplimiento que le es ajeno puede solicitar por la vía del art. 407.2 TRLC la apertura de la fase de liquidación, pues, aunque no le afecte el incumplimiento no deja de ser un acreedor del concurso. Paradójicamente, puede ocurrir que el acreedor afectado por el incumplimiento no desee solicitar la declaración judicial de incumplimiento, pero lo acabe haciendo otro acreedor por la vía de la conversión directa. Incluso dicho acreedor puede solicitar la liquidación, aunque no esté afectado por el Convenio, pues la legitimación entendemos que se extiende a la totalidad de los acreedores, incluidos los nuevos acreedores contra la masa generados durante la fase de cumplimiento de Convenio.³³²

También se reconoce legitimación para solicitar la apertura de la liquidación a la Administración Concursal, si bien circunscrita al caso en que se produzca el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 408 TRLC, anterior art. 142.3 LC)³³³. Esto tiene su fundamento en que en caso de cese de la actividad se produce un mayor deterioro y pérdida en el activo del deudor, lo que perjudica claramente el interés del concurso, razón por la cual se le faculta para solicitar la liquidación. Fuera de estos supuestos, la Administración Concursal no goza de legitimación, ni siquiera en el caso de suspensión de facultades.³³⁴

³³² BELTRÁN, E., “Comentario al artículo 142”, en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, ob. cit., p. 2.312.

³³³ Actualmente, el TRLC especifica que este supuesto también operará en caso de cese parcial de la actividad profesional o empresarial.

³³⁴ AJPI n.º 1 de Palencia, de 17 de febrero de 2012 y AJM n.º 8 de Madrid, de 28 de septiembre de 2011.

A simple vista, la falta de legitimación de la Administración Concursal para solicitar la apertura de la liquidación ante la imposibilidad de cumplir con el Convenio puede resultar improcedente, pues puede ocurrir que ante un incumplimiento objetivo el deudor no solicite la liquidación y transcurra el período de carencia de la fase de cumplimiento de un Convenio que de antemano se sabe que no podrá ser cumplido, con el consiguiente perjuicio para el interés de los acreedores derivado del transcurso del tiempo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que por imperativo del art. 395.1 TRLC, con la eficacia del Convenio la Administración Concursal cesa en sus funciones —sin perjuicio de la legitimación que se mantiene en sede de calificación y respecto los incidentes concursales (art. 395.3 TRLC)—, por lo que no tiene sentido atribuirle dicha legitimidad cuando ya no tiene funciones ni facultades en esta nueva fase de cumplimiento. Cuestión distinta sería que el Convenio extendiera sus funciones, de forma similar al régimen de intervención o suspensión que se venía aplicando, concediéndole dicha legitimación, pero lo cierto es que para contrarrestar una eventual falta del deudor a su deber de solicitar la liquidación, el legislador ha legitimado a los acreedores.

Debemos entender que la Administración Concursal en fase común ha delimitado correctamente la masa activa y la masa pasiva del deudor, así como emitido un informe sobre la viabilidad de las propuestas de Convenio en la fase común, además de las aclaraciones que pueda hacer en la Junta de acreedores. Por tanto, la Administración Concursal ha cumplido con la función de orientar a los acreedores, siendo a éstos a quienes compete, una vez analizados los datos consignados, si la propuesta de Convenio resulta viable o no. Si con posterioridad a su aprobación se generan créditos contra la masa que no pueden ser afrontados con el activo del deudor y el deudor incumple el deber de solicitar la liquidación del concurso, una vez abierta la liquidación a instancia de los acreedores por la vía de la conversión directa se entraría a discutir si la inobservancia de dicho deber pudo haber incidido en la generación o agravación del estado de insolvencia, lo que llevaría a la calificación del concurso como culpable si se acredita dolo o culpa grave. No obstante, en caso de apertura de oficio previa declaración de incumplimiento a instancia del acreedor afectado, el concurso se calificaría automáticamente como culpable, al entrar en juego la presunción *iuris et de iure* del art. 443.6º TRLC (anterior art. 164.3º LC).

CAPÍTULO VI

Incumplimiento del Convenio y calificación concursal

1. Introducción

Tradicionalmente, en el régimen de la quiebra la calificación era susceptible de tener consecuencias penales cuando tuviera carácter fraudulento o culpable, al recogerse en el Código Penal como un tipo cuya regulación se remitía a la normativa mercantil. Solo cuando la quiebra fuera calificada como fortuita se exoneraba al deudor de responsabilidad penal, sin perjuicio de los efectos en el ámbito civil que pudieran tener para éste.³³⁵

Como se decía en la E. de M. VIII de la Ley Concursal, uno de sus grandes hitos es la regulación de la sección de calificación, que tiene como novedad más importante la limitación de sus efectos en la esfera civil, sin que trascienda al orden penal ni constituya condición previa de enjuiciamiento de conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. Estamos, pues, ante un «verdadero sistema de responsabilidad, con un amplísimo ámbito de condena, subjetivo y objetivo».³³⁶ Subjetivo, porque la calificación no se limita al deudor, sino que se extiende también a sus representantes legales y, cuando éste sea persona jurídica, a sus administradores o liquidadores, de

³³⁵ En este sentido, la SAP León de 25 de junio de 2007 (JUR 2007, 337218), dice que «la calificación de la quiebra prevista por el derogado artículo 886 del Código de Comercio (fortuita, culpable o fraudulenta) tenía una finalidad claramente preparatoria del proceso penal y constituía un requisito de procedibilidad (art. 896 del Código de Comercio), sin que tuvieran especial relevancia los efectos jurídico-civiles. Ni siquiera se preveía la extensión de la calificación de la quiebra a otras personas que no fuera el propio deudor, con lo que en caso de quiebra de personas jurídicas se agotaban los efectos de la calificación con la persecución penal de los hechos generadores de la insolvencia o conexos a ella, salvo algún efecto jurídico-civil aislado, como el previsto por el artículo 894 del Código de Comercio».

³³⁶ MUÑOZ PAREDES, A., «La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal», en PRENDES CARRIL, P. (dir.), ob. cit., Vol. 2, p. 596.

hecho o de derecho, apoderados generales e incluso a quienes lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso, además de a sus socios (art. 442 TRLC)³³⁷. Objetivo, porque la calificación se erige como una herramienta que permite la entrada de activos, similar a las acciones de reintegración, dado el amplio abanico de sanciones que prevé (arts. 455, 456 y concordantes TRLC, anteriores arts. 172 y 172 bis LC). Este novedoso régimen se cierra con un sistema de presunciones de culpabilidad tanto *iuris tantum* e *iuris et de iure* (arts. 442 a 444, ambos inclusive, TRLC, ya derogados arts. 164 y 165 LC), que no es sino la herencia de la legislación decimonónica.

La vocación de unidad de la Ley Concursal ha disipado la dicotomía tradicional de deudor comerciante y no comerciante y, con ello, la diversidad de reglas y efectos de la calificación sobre el deudor, al ser idénticos, con independencia de su condición o naturaleza de comerciante o no. También desaparece la quiebra fraudulenta, antaño con relevancia penal, limitándose el concurso a ser culpable o fortuito; si bien se mantienen hechos anteriormente contemplados como fraudulentos que ahora pasan a calificarse como culpables.

La calificación del concurso tiene como objeto el examen de la conducta del deudor y de las personas relacionadas con él y su sanción cuando tales conductas se presenten como idóneas para causar un daño en el tráfico mercantil. El hecho de que el perjuicio causado por la conducta reprochable pueda trascender del ámbito privado y afectar a la economía nacional, hace que la calificación esté marcada de un especial interés público.³³⁸ Lo anterior justifica la intervención del Ministerio Fiscal en la tramitación de la pieza, así como las sanciones previstas en el caso de que el concurso se califique como culpable (v. gr., inhabilitación).

³³⁷ En el actual TRLC se excluye de la redacción del artículo la mención del supuesto de culpabilidad que se establecía para los socios de la concursada, lo cual se traslada al artículo 701 TRLC, el cual lo contempla solo en casos de concursos consecutivos.

³³⁸ Las SSTS de 9 de noviembre de 1950 y de 27 de marzo de 1987 ya señalaron el evidente carácter de derecho público de la quiebra, que no es una «estricta contienda entre particulares sobre temas de derecho privado, puesto que también preside el procedimiento un marcado interés público, especialmente manifestado en la calificación de la conducta del quebrado».

La Sección sexta no tiene el carácter necesario que se predica de las demás secciones. Si bien los presupuestos para la apertura de la calificación han variado con las reformas de la Ley Concursal, lo cierto es que se vincula a la aprobación de un Convenio o a la apertura de la fase de liquidación (art. 446 TRLC). Igualmente, la sección de calificación puede cerrarse y volverse a abrir cuando se hubiera producido el incumplimiento de Convenio (art. 452 del TRLC, derogado art. 167.2 LC)³³⁹, aunque con unos límites que ha tenido que sentar el Alto Tribunal ante las dudas suscitadas, como veremos más adelante.

Por último, señalar que el Real Decreto-ley 3/2009, de 3 de abril, inició las reformas en el Título VI de la Ley Concursal, siendo la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la más sustancial. Sin perjuicio de ulteriores reformas, lo cierto es que la falta de coherencia interna ha hecho necesario que el Alto Tribunal arroje luz sobre la interpretación de su régimen, pues las dudas suscitadas han creado corrientes doctrinales opuestas y otorgado demasiado protagonismo a los Jueces de lo Mercantil en la aplicación de la ley³⁴⁰.

³³⁹ Cabe tener en cuenta que, ahora, el TRLC ordena y sistematiza estos supuestos de apertura de la sección de calificación en una subsección segunda de la sección primera del capítulo II del Título X del Libro I, con título: «*Del régimen especial en caso de incumplimiento del Convenio*», artículos 453 y 454.

³⁴⁰ Algunas de estas interpretaciones han sido, posteriormente, positivizadas y recogidas en el Texto Refundido de la Ley Concursal.

2. Apertura y/o reapertura de la Sección sexta e incumplimiento

La sección de calificación tiene como objeto calificar el concurso como fortuito o culpable (art. 441 TRLC); en función de la calificación se despliegan determinados efectos que afectan principalmente al patrimonio del deudor.

La Ley Concursal no define qué debe entenderse por concurso fortuito, a diferencia del Código de Comercio de 1885, el cual, refiriéndose a la quiebra fortuita, la definía como «la del comerciante a quien sobrevinieren infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer, en todo o en parte, sus deudas». En la normativa vigente, donde existen una serie de presunciones que determinan, salvo prueba en contrario, la culpabilidad del deudor, el concurso fortuito se determina de forma negativa, esto es, tendrá lugar cuando no concurren los presupuestos para calificarlo como culpable. Mediante esta técnica el legislador pretende evitar que la casuística pueda dar lugar a supuestos dudosos que sean subsumibles en ambas definiciones o bien en ninguna.

La definición del concurso culpable, en cambio, se nutre de una cláusula general y una serie de presunciones. La cláusula general del art. 442 TRLC, requiere, en primer lugar, como elemento subjetivo, una acción u omisión de carácter doloso o gravemente culposo del deudor o de aquellas personas a las que la normativa concursal ha extendido la calificación: representantes legales del deudor o, en caso de persona jurídica, administradores, liquidadores y apoderados generales que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. En segundo lugar, como elemento objetivo, dicha acción u omisión debe producir un resultado negativo para el patrimonio del deudor, esto es, debe haber generado o agravado el estado de insolvencia. Y, finalmente, debe existir una relación de causalidad de ambos elementos, por lo que el daño debe ser consecuencia directa de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa.

Generalmente, un sistema configurado exclusivamente mediante esta cláusula general estaría incompleto, máxime cuando no es baladí acreditar la existencia de los elementos anteriores. Por esta razón, el legislador la complementa con una serie de presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure*.

Las primeras recogen supuestos omisivos que entrañan, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave, por lo que el elemento subjetivo que se exige para la calificación del concurso como culpable quedaría automáticamente acreditado, recayendo sobre el deudor demostrar lo contrario (art. 444 TRLC³⁴¹). Sin embargo, esta presunción no prueba la existencia del elemento objetivo, por lo que deberá acreditarse necesariamente la existencia del evento dañoso (generación o agravación de la insolvencia), así como la relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio. No ocurre lo mismo con las presunciones *iuris et de iure* (art. 443 TRLC³⁴²), que permiten calificar el concurso como culpable *ope legis*. Por tanto, será suficiente con constatar la existencia del hecho encuadrado en la presunción para que el concurso sea culpable, sin tener que acreditar individualmente la concurrencia de los requisitos del art. 442 TRLC.³⁴³

Paradójicamente, si bien la culpabilidad puede obtenerse por diversas vías, la más complicada será mediante la aplicación de la cláusula general, pues al no concurrir ninguna presunción hace necesario probar todos los elementos exigidos para su aplicación: 1) comportamiento activo u omisivo del deudor o de las demás personas afectadas por la calificación; 2) generación o agravación del estado de insolvencia; 3) imputabilidad de la conducta a título de dolo o culpa grave —excluyéndose la culpa leve—; 4) nexo causal entre la conducta y el daño.³⁴⁴

Por tanto, para el examen conductual sobre el que se pretenda fundar el juicio de culpabilidad, antes de examinar si a los hechos son aplicables la cláusula general, deberá analizarse si las conductas descritas en los escritos de la Administración

³⁴¹ Debe de tenerse en cuenta que las especialidades en materia de calificación del concurso relativas a los concursos consecutivos se sistematizan y recogen ahora en la Sección segunda del Capítulo II del Título IV del Libro Segundo TRLC, artículos 700 a 702, ambos inclusive.

³⁴² El nuevo artículo altera el orden de los supuestos, pero no su contenido.

³⁴³ En este sentido, véanse las SSAP Madrid, Sección 28ª, de 24 de septiembre de 2007, 5 de febrero y 17 de julio de 2008, y 30 de Enero, 6 de Marzo y 8 de mayo de 2009, donde se explica el sistema escalonado de la calificación del concurso.

³⁴⁴ SAP Madrid, Sección 28ª, de 7 de mayo de 2012 (EDJ 168741).

Concursal y del Ministerio Fiscal son subsumibles en alguna de las presunciones de los arts. 443 y 444 TRLC. No siendo subsumibles, será cuando se examinarán si los hechos responden a la cláusula general del art. 442 TRLC.³⁴⁵ Por esta razón, en la praxis judicial el hecho de que la mayor parte de las calificaciones de concursos culpables se hayan realizado mediante la aplicación de presunciones hace que la cláusula general se haya convertido en una genuina cláusula de cierre del sistema que opera con carácter residual o en defecto de presunción.³⁴⁶

³⁴⁵ STS de 22 de abril de 2010 (EDJ 61321).

³⁴⁶ SJM n.º 1 Mallorca, de 5 de diciembre de 2007.

2.1. El incumplimiento de Convenio como presunción de culpabilidad concursal

Del catálogo de presunciones iuris et de iure que contiene el art. 443 TRLC, a la que debe prestarse especial atención es a la de su ordinal sexto, que dice que el concurso se calificará como culpable *«cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del Convenio debido a causa imputable al concursado»*. Esta presunción debe relacionarse necesariamente con el art. 409.1.5º TRLC, que establece que procederá la apertura de la liquidación de oficio cuando se hubiera declarado por resolución judicial firme el incumplimiento de Convenio.

Para que pueda operar esta presunción es necesario que exista una resolución firme de declaración judicial de incumplimiento de Convenio. Como hemos estudiado en capítulos anteriores, la declaración de incumplimiento de Convenio puede darse tras el trámite incidental de los arts. 402 a 404 TRLC, o bien, tras la solicitud de la apertura de la liquidación por el deudor una vez constatada la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del Convenio (art. 407 TRLC, anterior art. 142.2 LC).

Por lo general, el deudor tiene como deber el solicitar la apertura de la liquidación cuando constate que cumplir el Convenio deviene imposible, a efectos de evitar una agravación de su estado de insolvencia. Cuando no se produzca dicha solicitud, se permite a los acreedores afectados por el Convenio que soliciten la declaración judicial de incumplimiento, tramitándose un incidente concursal donde se examinará este extremo. Acreditado el incumplimiento y tras la firmeza de la resolución, el Juez debe acordar la apertura de la fase de liquidación de oficio.

El requisito de que la apertura de la liquidación sea acordada de oficio hace que cuando sea el propio deudor quien solicite la apertura de la liquidación no pueda operar la presunción del art. 443.6º TRLC. Incluso cuando el deudor falte a su deber y dicha solicitud se tramite de forma extemporánea, con los perjuicios que para el patrimonio puede acarrear la demora. Sin embargo, como comentamos anteriormente, por el hecho de que la normativa concursal no establezca un plazo de actuación del deudor, debe entenderse que dicha comunicación al Juzgado debe realizarse cuanto antes tras conocer la imposibilidad de cumplimiento. Una demora excesiva del deber de información

podría incardinarse dentro de la cláusula general del art. 442 TRLC, lo que permitiría calificar el concurso como culpable mediante esta vía y siempre que se acreditara una agravación de la insolvencia, pero en ningún caso por aplicación de la presunción del art. 443.6° TRLC al faltar el presupuesto de la apertura de la liquidación de oficio.

También es posible la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento de Convenio al margen de la acción de incumplimiento. En efecto, el art. 407.2 TRLC (anterior 142.2.II LC) permite que cuando el deudor no solicite la liquidación lo pueda hacer cualquier acreedor *que acredite la existencia de alguno de los hechos que puedan fundamentar una declaración de concurso*. Esto abre la posibilidad a todos los acreedores de solicitar la apertura de la fase de liquidación, permitiendo un resultado similar, pero sin las restricciones del cauce del incidente concursal de declaración de incumplimiento. Sin embargo, esta acción está encaminada a la apertura de la liquidación, no a constatar si ha existido incumplimiento del Convenio o no, mientras que en la acción de incumplimiento la apertura de la liquidación se configura como un efecto de la declaración del Convenio incumplido. Por tanto, la apertura de la liquidación por esta vía a solicitud del acreedor no permitiría aplicar la presunción reseñada, pues seguiría faltando el requisito de la apertura de oficio.

Sobre la necesidad de que la Sentencia de declaración de incumplimiento sea firme no puede haber duda alguna, pues la redacción del art. 409.1.5° TRLC es clara y unívoca. Por tanto, de interponerse recurso de apelación contra la Sentencia estará vedada la aplicación de dicha presunción, sin perjuicio de que tras su firmeza pueda volverse a tramitar la Sección de calificación y enjuiciar el incumplimiento, como explicaremos más adelante.

Como último requisito se exige que el incumplimiento del Convenio sea imputable al concursado, debiendo existir una acción u omisión del concursado que tenga como resultado el incumplimiento del Convenio. El cauce procesal correcto a través del cual se dilucidará la imputabilidad del deudor por el incumplimiento es el de la Sección de calificación, una vez examinado el estudio del material probatorio aportado. La acción de incumplimiento debe limitarse a constatar si existe o no el impago al acreedor instante, pero no debe entrar a valorar si puede imputarse al deudor. Sería improcedente, al no intervenir en dicho incidente la Administración Concursal —

tras haber cesado en su cargo con la aprobación del Convenio— cuyo informe y documentación resultará esencial para el enjuiciamiento de las causas que han desembocado en el incumplimiento del Convenio.

2.2. Apertura y reapertura de la sección de calificación

Expresa el art. 446.1 TRLC que la pieza de calificación se ordenará en la misma resolución en la que se apruebe el Convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.

Por tanto, como regla general, la aprobación del Convenio tiene como consecuencia la apertura de la Sección de calificación en la misma resolución. Sin embargo, se establece como excepción que no procede la formación de la Sección cuando el Convenio aprobado se establezca, para todos los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años (art. 446.2 TRLC). El término *clase* había suscitado dudas que han tenido que ser aclaradas por el legislador mediante la reforma del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, en cuya E. de M. se explica la interpretación que se ha impuesto.³⁴⁷³⁴⁸ Así, pues, por *clase* deberá entenderse no solo las relativas a la clasificación de los créditos (arts. 269 y ss. TRLC), sino también a los grupos de acreedores que reúnan características comunes, con independencia de su clasificación concursal, esto es, laborales, públicos, financieros y resto de acreedores (art. 287 TRLC). Por tanto, con la

³⁴⁷ La E. de M. v RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, dice lo siguiente: «Por último, se aborda una modificación del artículo 167 que clarifica las dudas interpretativas existentes en torno al término «clase». Este término puede implicar en una interpretación estricta, una referencia a la «clasificación legal» de los respectivos créditos, en los términos establecidos en los artículos 89 a 92 de la Ley Concursal, de suerte que solamente cuando todos y cada uno de los acreedores clasificados en el proceso concursal de la misma manera queden afectados por las quitas y esperas inferiores a lo que dispone el precepto, no procederá la formación de la sección de calificación. Sin embargo, la práctica judicial ha venido a darle un sentido más genérico, incluyendo en tal «clase» a un grupo de acreedores que reúnan características comunes aunque tal grupo no comprenda a todos los de la misma clasificación concursal, a los efectos del tratamiento otorgable en la sección de calificación respecto a propuestas de Convenio no gravosas».

³⁴⁸ Si bien el actual artículo 446.2 TRLC ya no hace la específica referencia a las clases del artículo 94.2 LC (que actualmente sería el art. 287 TRLC), si sigue refiriéndose a las «*clases o subclases de las establecidas en esta ley*». A efectos práctico, por tanto, la aclaración establecida en la E. de M. de del RD-Ley 11/2014 sigue siendo operativa.

nueva redacción resulta claro que cuando el contenido del Convenio rebase los límites, bien de una espera bien de una quita, deberá ordenarse la formación de la Sección sexta, aun cuando solo afecte a los de una determinada clase entendida en el sentido expuesto.

El legislador ha querido que el deudor no eluda la Sección de calificación cuando la solución paccionada implique un alto sacrificio para todos o determinados acreedores, pues dicho sacrificio puede tener su origen en una conducta contraria al ordenamiento jurídico.³⁴⁹

La declaración por resolución judicial firme del incumplimiento conlleva la reapertura de la Sección de calificación *ex lege* (art. 452 TRLC). En este caso, pueden producirse dos escenarios. El primero, que la Sección de calificación esté todavía tramitándose, lo que implicará la formación de una pieza separada dentro de la Sección sexta, coexistiendo dos calificaciones independientes (art. 452.2.2º TRLC). El segundo escenario posible es que se hubiera dictado Auto de archivo o Sentencia de calificación, en cuyo caso se produce la reapertura de la calificación.

La reapertura de la Sección de calificación ha suscitado una serie de dudas y ha dividido a la doctrina hasta que, finalmente, el Alto Tribunal ha sentado la interpretación definitiva del precepto en cuestión.

Todas estas cuestiones las analizaremos a continuación.

³⁴⁹ En este sentido, la SAP Baleares, Sección 5ª, de 14 de enero de 2013 (EDJ 5789) señala que «(...) lo que el legislador ha configurado es un sistema por el que el deudor concursado no eluda el pasar por la tramitación de la sección de calificación, para que se determine si el concurso ha sido culpable y si hay responsabilidades que imputar como consecuencia de ello, si la aprobación del Convenio hubiese conllevado para todos los acreedores o para el colectivo integrado por los de determinada clase de ellos el tener que verse sometidos a un sacrificio muy relevante».

3. Enjuiciamiento total o parcial en el Convenio gravoso y en el ordinario

La cuestión que más controversia ha generado respecto de la reapertura de la Sección de calificación es la extensión u objeto de la calificación, de forma que se ha planteado si puede calificarse culpable el concurso por cualquiera de las conductas recogidas en los 442 a 444, ambos inclusive, TRLC, o bien, limitarse a examinar la aplicación de la presunción del art. 445.6º TRLC y dilucidar si el incumplimiento del Convenio es imputable al deudor.

En primer lugar, debemos recordar los límites del art. 446.2 TRLC, que determina cuándo un Convenio se considera gravoso y cuándo no lo es. Resulta no gravoso el Convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años. Todo Convenio cuyo contenido supere estos límites, se considerará gravoso. Esta distinción es fundamental en cuanto va a suponer la apertura o no de la calificación ordinaria, así como, en caso de incumplimiento, va a limitar el contenido para su ulterior enjuiciamiento al reaperturarse la Sección de calificación.

La aprobación de un Convenio gravoso conlleva la apertura de la Sección de calificación en la misma resolución que lo aprueba, de forma que abre la posibilidad a que el concurso sea declarado fortuito o culpable, en este último caso por las causas recogidas en los 442 a 444, ambos inclusive, TRLC, salvo la presunción del art. 445.6º TRLC, dado que, para que se produzca ésta, debe haberse ejercitado previamente y tramitado una acción de declaración de incumplimiento de Convenio. Por tanto, como general, mientras el Convenio se encuentre en fase de cumplimiento se tramitará la calificación ordinaria.

Si el Convenio gravoso resulta incumplido, se producirá la reapertura de la calificación, con los efectos procesales que correspondan en su caso. Como hemos expuesto, la reapertura puede tener como presupuesto el éxito de una acción de incumplimiento de Convenio, una solicitud confesora del deudor ex art. 407.1 TRLC o una solicitud de reinsolvencia que lleve a la apertura de la liquidación por concurrir los supuestos del art. 2.4 TRLC. En cambio, si el Convenio no gravoso resulta incumplido, se producirá la apertura de la calificación, al no haberse formado con anterioridad la pieza por la excepción contenida en el art. art. 446.2 TRLC.

Por su parte, el art. 453 TRLC establece una limitación importante. En los casos de reapertura de la Sección de calificación, limita las alegaciones que puedan formular los interesados a aquéllas que tengan por objeto determinar si el concurso debe ser calificado como culpable por razón del incumplimiento del Convenio por causa imputable al concursado, limitación que debe entenderse aplicable al informe de la Administración Concursal y al dictamen del Ministerio Fiscal, que se constreñirán al examen de las causas generadoras del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.

En este ámbito concreto, el TRLC introduce una novedad relevante respecto de la normativa contenida en la LC, por cuanto el nuevo artículo 454 TRLC, a diferencia del anterior artículo 169.3 LC, diferencia el contenido del informe de la AC y del dictamen del MF en los casos de la tramitación especial de la Sección de calificación a consecuencia de un incumplimiento de Convenio según se trate de una reapertura de la Sección y/o formación de pieza separada o formación ordinaria de la Sección de calificación. En este último caso, se dice específicamente que en el informe y dictamen respectivo de la AC y del MF podrán expresarse todos los hechos relevantes para la calificación del concurso, sin la limitación anteriormente establecida.

De la lectura de los preceptos citados, parece claro que tras la reapertura de la calificación solo puede enjuiciarse si el incumplimiento del Convenio es imputable al concursado y, por tanto, aplicable la presunción *iuris et de iure* del art. 445.6º TRLC. Sin embargo, en los casos de incumplimiento del Convenio no gravoso, al no haberse abierto la Sección de calificación previamente, no parecería correcto que ésta debiera limitarse en exclusiva a dilucidar sobre la imputabilidad del incumplimiento.

Por tanto, cabe preguntarse en este caso ¿qué ocurriría con las conductas anteriores a la aprobación del Convenio no gravoso? E, igualmente, tras la aprobación del Convenio gravoso, también cabría preguntarse si ¿pueden enjuiciarse todas las conductas o debe limitarse la reapertura de la calificación a enjuiciar conductas encuadrables en el incumplimiento del Convenio imputable al concursado?

Como hemos podido observar, estas cuestiones ya han sido resueltas con la redacción del nuevo art. 454 TRLC, que no aplica la limitación establecida para los

casos de reapertura o formación de pieza separada de la Sección de calificación a los casos de formación de dicha Sección cuando “se parte de cero”.

No obstante, dado que, inevitablemente, el Texto Refundido también ha tenido en cuenta la jurisprudencia emanada por el TS sobre la cuestión, vamos a recopilar con carácter sucinto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, sin perjuicio de que en el epígrafe siguiente entremos en su estudio con más detalle.

Respecto a la cuestión de si incumplido el Convenio no gravoso y abierta la Sección de calificación pueden enjuiciarse las conductas anteriores a la aprobación del Convenio, la respuesta del TS ya era afirmativa con anterioridad a la entrada en vigor del TRLC. En síntesis, la STS n.º 29/2013, de 12 de febrero, resolvía la cuestión de la siguiente forma: *«Su alcance [de la sección de calificación] es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC, pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3.º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del Convenio»*. En consecuencia, en tanto no se había abierto con anterioridad la calificación ordinaria por no superar el Convenio los límites del entonces aplicable art. 167.1.II LC, la Sección de calificación podía versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los anteriores arts. 164 y 165 LC.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido recogida y positivizada en el actual Texto Refundido de la Ley Concursal.

En cuanto a la cuestión de si cabe analizar y enjuiciar las conductas posteriores a la aprobación del Convenio en toda su extensión, o bien limitar el objeto de la calificación a las conductas encuadrables en el incumplimiento del Convenio imputable al concursado, la STS n.º 246/2016, de 13 de abril de 2016, señala que *«la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la*

determinación de si la frustración del cumplimiento del Convenio es imputable al deudor concursado»³⁵⁰.

Esta doctrina sentada por el Alto Tribunal tiene una consecuencia curiosa. Y es que en los casos de reapertura de la calificación por incumplimiento del Convenio gravoso puede ocurrir que se abra la Sección sin posibilidad de enjuiciar la imputabilidad del incumplimiento *ex art.443.6º TRLC* por las limitaciones de esta presunción. Como hemos dicho, esta presunción solo opera cuando la liquidación ha sido abierta de oficio, tras una declaración de incumplimiento de Convenio. En los demás casos —declaración confesoria y reinsolvencia— se estará tramitando la Sección de calificación sin poder calificar el concurso como culpable por faltar el requisito de la apertura de oficio.

³⁵⁰ Esta doctrina sigue siendo plenamente aplicable a la luz de la nueva redacción dada por el TRLC.

4. Corrientes doctrinales, evolución y solución jurisprudencial. Incorporación en el Texto Refundido de la Ley Concursal

Como hemos visto, la Sección de calificación tiene como objeto analizar la existencia de la responsabilidad de determinadas personas por las conductas por ellos desarrolladas que pudieran haber generado o agravado el estado de insolvencia de la deudora. La configuración de la Sección de calificación permite que, tras la aprobación de un Convenio gravoso y su posterior incumplimiento, pueda volverse a abrir la pieza con el objeto de examinar si el incumplimiento resulta imputable al deudor; en los Convenios no gravosos, no hablamos de reapertura, sino de apertura, pues por imperativo de art. 446.2 TRLC se excepciona la formación de la Sección sexta por su mera aprobación.

Esta dicotomía de la ley al regular la tramitación de la Sección sexta en función de la gravosidad del Convenio había planteado dudas sobre los hechos que pueden enjuiciarse cuando se incumple el Convenio aprobado. La cuestión radica en que, en los Convenios gravosos, con carácter previo a su incumplimiento se ha formado la Sección sexta y enjuiciado, en su caso, unas conductas anteriores a la aprobación del Convenio. Por tanto, en la doctrina y en los Tribunales se había discutido si en los casos de reapertura pueden juzgarse cualesquiera conductas posteriores a la aprobación del Convenio, con independencia que estén relacionadas con el incumplimiento del deudor. Por su parte, también había suscitado dudas la extensión del enjuiciamiento en la calificación del Convenio no gravoso, pues, a diferencia del anterior, hasta el incumplimiento no se ha podido enjuiciar la conducta del deudor.

En definitiva, dos eran las cuestiones a resolver. La primera, si en la reapertura de la calificación del Convenio gravoso:

i) pueden tomarse en consideración todas las conductas antijurídicas que, como presunciones, se recogen en la normativa concursal, para determinar la responsabilidad del deudor en la generación o agravación de la insolvencia;

ii) o bien, dicho enjuiciamiento se debe limitar a si la frustración del cumplimiento es imputable al concursado.

Y la segunda cuestión a resolver lo era en sede de Convenio no gravoso, sobre si la tramitación de la calificación del Convenio no gravoso está sujeta a los mismos límites que la calificación del Convenio gravoso o no.

4.1. Corrientes doctrinales con relación al enjuiciamiento de conductas anteriores a la aprobación del Convenio no gravoso. Incorporación en el Texto Refundido de la Ley Concursal

En la misma resolución por la que se apruebe un Convenio gravoso debe ordenarse la formación de la Sección sexta (art. 446.1 TRLC), por lo que, sin perjuicio de la posibilidad de que ambas tramitaciones se solapen (art. 452.2.2º), lo más común será que cuando se hubiera incumplido el Convenio y reabierto la Sección ya exista una resolución sobre si las conductas anteriores a la aprobación del Convenio han podido generar o agravar el estado de insolvencia. En otras palabras, estos hechos habrán sido enjuiciados y sometidos a los efectos propios de la cosa juzgada, precluyendo su enjuiciamiento en la calificación posterior.

Ahora bien, en el Convenio no gravoso su aprobación no tiene como consecuencia la formación de la Sección sexta, por lo que hasta entonces no se ha podido enjuiciar ninguna conducta del concursado. En este punto, la doctrina y los Tribunales se habían mostrado divididos en torno a la cuestión de sobre si el objeto de la pieza de calificación debe limitarse a dilucidar si el incumplimiento es imputable al concursado y, por tanto, el concurso es culpable *iuris et de iure* (art. 443.6º TRLC), o, en cambio, se permite el enjuiciamiento de cualesquiera otras conductas anteriores a la aprobación del Convenio, siendo en consecuencia aplicables todas las conductas antijurídicas recogidas en los arts. 442, 443 y 444 TRLC.

La primera tesis defendía una interpretación restrictiva de la legislación concursal, de forma que la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal en sus escritos deberían limitarse a alegar sobre el incumplimiento del Convenio imputable al concursado. Esta tesis se fundamentaba en una interpretación literal de los originarios arts. 167.2.1, 168.2 y 169.3 LC. En concreto, resultan especialmente interesantes los dos últimos preceptos citados. El primero de ellos establecía que, en los casos de reapertura de la Sección de calificación, los escritos de los interesados que se personen en la pieza *«se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del Convenio por causa imputable al concursado»* (art. 168.2 LC). Por su parte, el segundo disponía que, también para los casos de reapertura de la Sección de calificación, *«el informe de la Administración Concursal y, en su caso, el*

dictamen del Ministerio Fiscal se limitará a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable» (art. 169.3 LC).

Esta tesis tenía como consecuencia la imposibilidad de examinar cualesquiera conductas anteriores a la aprobación del Convenio, lo que es ciertamente peligroso. En efecto, la aplicación de esta interpretación de ley permitiría utilizar el Convenio como mecanismo para eludir el enjuiciamiento de conductas anteriores a la aprobación del mismo y depurar responsabilidades.

La segunda tesis, en cambio, abogaba por extender el ámbito de cognición de la sección de calificación a todas las conductas previstas en los derogados arts. 164 y 165 LC, con independencia de la causa de apertura de la liquidación y sin distinguir según que las conductas examinadas hubieran sido anteriores o posteriores a la aprobación del Convenio —salvo en los casos en que hubieran sido ya calificadas, en el Convenio gravoso—. ³⁵¹ Esta corriente se fundamentaba en el deber legal del concursado de solicitar la liquidación desde el momento en que conozca la imposibilidad de cumplir con el Convenio aprobado (art. 142.2 LC). Esta postura es la que el Tribunal Supremo acabó acogiendo en su Sentencia de 12 de febrero de 2013, que analizamos a continuación, doctrina que, finalmente, se ha positivizado e incluido en el Texto Refundido de la Ley Concursal, a través de los artículos 453 y 454.

La STS n.º 29/2013, de 12 de febrero, encuentra su origen en un concurso de acreedores en el que, tras incumplirse un Convenio no gravoso, el deudor solicitó la apertura de la liquidación y se procedió a calificar el concurso como culpable en base a una conducta negligente de los administradores de la empresa (art. 164.1 LC). La Sentencia de apelación confirmó la de la primera instancia y frente a ella se interpuso recurso de casación en relación a las causas o motivos por los cuales puede juzgarse la calificación del concurso en caso de que la Sección de calificación se hubiera abierto como consecuencia del incumplimiento de un Convenio no gravoso.

La concursada defendía una interpretación literal de la ley, de forma que argumentaba que, en la apertura de la pieza de calificación tras el incumplimiento del Convenio no gravoso, tan solo se debía juzgar como motivo de calificación si el

³⁵¹ SAP Oviedo, de 11 de marzo de 2013 (ROJ 896/2013).

incumplimiento es debido o no a causa imputable al concursado. En consecuencia, no podía fundarse la culpabilidad del concurso en la conducta negligente de los administradores, como hicieron tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial. Asimismo, esta tesis se apoyaba en la jurisprudencia de Tribunal Supremo que predica la naturaleza transaccional del Convenio, de forma que la concursada entendía que el Convenio evitó la provocación de un pleito —la calificación—, lo que pone en conexión con el cierre de la posibilidad de enjuiciar la conducta de los administradores en el Convenio no gravoso. Al abrir la posibilidad de enjuiciamiento, se vacía de contenido la transacción que evitó el pleito.

El Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Cuarto, se desmarca de la interpretación de la concursada y acoge la segunda tesis. En primer lugar, comienza diciendo que en los supuestos de Convenio gravoso donde se ha abierto anteriormente la pieza de calificación, cuando se vuelve a abrir tras su incumplimiento, solo se puede juzgar sobre las causas del incumplimiento del Convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar, a diferencia de la calificación ordinaria, ya abierta, donde se podría enjuiciar cualquiera de las conductas tipificadas en los antiguos arts. 164 y 165 LC.

No obstante, en cuanto al alcance del enjuiciamiento de las conductas en lo que al Convenio no gravoso se refiere, considera que la calificación no está sujeta a las restricciones predicables para la reapertura en el Convenio gravoso, *«pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3.º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento de Convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un Convenio “poco gravoso” pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC, y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3.º LC»*.

Por último, en cuanto a la naturaleza transaccional del Convenio alegado por la recurrente, el Alto Tribunal señala que *«la resolución del Convenio no solo determinará*

la desaparición de los efectos que el Convenio había producido sobre los créditos, sino también la desaparición de la circunstancia legal que impedía la calificación del concurso, que en cualquiera caso requería, para que fuera definitiva, la aprobación del Convenio». En efecto, si se atribuye un carácter transaccional al Convenio, lo lógico sería vincular el no enjuiciamiento de la conducta de los administradores a su cumplimiento, de lo contrario podría ser utilizado de forma fraudulenta para eludir la calificación del concurso con independencia de su cumplimiento.

Como sabemos, esta doctrina ha sido la que finalmente se ha visto reflejada en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, deviniendo en legislación vigente, a través de los artículos 453 y 454 TRLC.

4.2. Corrientes doctrinales y jurisprudenciales con relación al enjuiciamiento de conductas posteriores a la aprobación del Convenio

Una vez que el Tribunal Supremo ha sentado (y que el TRLC ha recogido) que la reapertura de la calificación del Convenio gravoso debe limitarse a enjuiciar si el incumplimiento ha sido imputable al concursado, mientras que en el Convenio no gravoso no está sujeto a dicho límite al no haber existido oportunidad antes de juzgar las conductas anteriores a la aprobación del Convenio, queda por resolver qué ocurre con las conductas posteriores a su aprobación y que permitirían calificar el concurso como culpable al ser subsumibles en alguna de las presunciones que establece la legislación concursal.

En concreto, la cuestión a resolver es si pueden enjuiciarse todas las conductas posteriores al Convenio en toda su extensión, o bien debe limitarse su análisis a si son encuadrables en el incumplimiento de Convenio imputable al concursado (art. 443.6° TRLC).

Respecto el Convenio no gravoso, de conformidad con la Sentencia 29/2013, de 12 de febrero de 2013 y con la nueva redacción dada por el TRLC en su artículo 454, debemos entender que, al no haber existido oportunidad de juzgar ninguna conducta hasta entonces, el objeto de la calificación no tiene límites, por lo que *«es lógico que la calificación abierta por incumplimiento de un Convenio ‘poco gravoso’ pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC, y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3.º LC»*. En consecuencia, podría examinarse si una conducta posterior a la aprobación del Convenio ha podido generar o agravar la insolvencia con independencia de que haya incidido en el incumplimiento de Convenio. No obstante, por regla general una conducta de esta naturaleza tendrá un impacto determinante y será la causa del incumplimiento, sin perjuicio de que no concurran los presupuestos para aplicar la presunción del art. 443.6° TRLC. Sin embargo, a diferencia del Convenio gravoso, en este punto sí que podría calificarse el concurso como culpable por otra de las presunciones que resultasen de aplicación.

En relación a la reapertura de la calificación del Convenio gravoso y al enjuiciamiento de conductas posteriores al Convenio, existen, de nuevo, dos corrientes diferenciadas. De un lado, están aquellos que consideran que debe limitarse a las causas

del incumplimiento, lo que se funda en una interpretación literal de los primigenios arts. 168.2 y 169.3 LC. De otro lado, están aquellos quienes entienden que el ámbito de cognición alcanza a todas las conductas de los arts. 164 y 165 LC, con independencia de que hubieran tenido lugar antes o después del Convenio, salvo que se hubieran examinado en una calificación anterior.

Esta última corriente es la que ha seguido mayormente la jurisprudencia menor.

Un referente de esta tesis es la SAP Asturias, Sección 1ª, de 11 de marzo de 2013, que no compartió la interpretación estricta que alegó la recurrente. La Sentencia, tras recordar que la apertura o reapertura de la calificación puede obedecer a dos acontecimientos diferenciados, —resolución judicial firme que declare incumplimiento del Convenio o solicitud de apertura de liquidación por imposibilidad de cumplir con el Convenio—, entiende que el juicio de calificación contenido en las reglas generales de los arts. 164 y 165 LC debe ser el mismo en cualquiera de los dos supuestos. Esta tesis se fundamenta en el precepto introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que dispone que, *si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del Convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura* (art. 172 bis 1.II LC) (actual artículo 456.4 TRLC, el cual únicamente introduce modificaciones de estilo en su redacción). Para la Sala, este precepto *«permite entender que incumbe al Juez examinar, sin ninguna limitación, el catálogo completo de las conductas llevadas a cabo por el concursado que pueden conducir a la calificación del concurso como culpable, y que comprende la aplicación de la regla general del art. 164.1 LC, las presunciones iuris et de iure del art. 164.2 LC, o las presunciones iuris tantum del art. 165 LC., todo ello con independencia de que hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del Convenio, a salvo claro está del caso en que se trate de conductas ya examinadas con ocasión de la apertura de otra calificación anterior y sobre las que no resulte posible volver a conocer»*.³⁵²

³⁵² SAP Asturias, Sección 1ª, de 11 de marzo de 2013. La Sentencia continúa afirmando: *«Esta Sala comparte plenamente tal criterio, teniendo presente que no estamos defendiendo con ello una interpretación amplia o extensiva de las reglas contenidas en los arts. 167-2, 168-2 y 169-3*

En la Sentencia n.º 246/2016, de 13 de abril, nuestro Tribunal Supremo se acoge a la tesis estricta y resuelve la controversia remitiéndose, en parte, a su Sentencia n.º 29/2013, de 12 de febrero, diciendo lo siguiente:

«En esa línea argumentativa ya apuntada, afirmamos ahora que la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del Convenio es imputable al deudor concursado.

De la literalidad del art. 167.2 LC pudiera parecer que la meritada limitación de enjuiciamiento únicamente se refiere a los casos de reapertura de la sección por incumplimiento del Convenio, ya que no menciona la reapertura por imposibilidad de incumplimiento. Sin embargo, la identidad de razón entre ambos supuestos es manifiesta, puesto que los dos -incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento- tienen un sustrato común, que es la frustración del cumplimiento del Convenio, que conlleva el comienzo de la fase de liquidación y, con ella, la reapertura de la sección de calificación, y la necesidad de coordinar dicha reapertura con lo actuado en la tramitación inicial de la calificación.

L.C., cuestión que por otra parte vendría vedada en cuanto que presupuesto de aplicación de una norma sancionadora como es la prevista en materia de inhabilitación. Se trata de buscar una interpretación lógica que permita una coherencia del sistema, teniendo presente para ello que dentro del conjunto de criterios hermenéuticos ofrecidos por el art. 3-1 C.Civil figura la referencia al "contexto" que aconseja poner en conexión todos los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión presuponiendo que entre ellos existe un orden coherente, de manera tal que la postura que defiende el apelante de limitar el ámbito de enjuiciamiento únicamente a aquellas conductas conectadas causalmente con el incumplimiento del Convenio, conduciría a que en aquellos supuestos, como el presente, en los que el deudor se anticipa a solicitar la apertura de la liquidación (art. 142-3 L.C .) precisamente para evitar la declaración judicial de incumplimiento de un Convenio que desde su propia formulación aparecía ya como manifiestamente inviable, tal y como pudo ser comprobado después, la calificación como culpable nunca podría prosperar, posibilidad ésta que debe ser descartada por arbitraria y que aboca por ello mismo al rechazo del motivo de apelación examinado».

*En ambos casos está justificado que con la reapertura de la sección de calificación se enjuicien las causas que hubieran motivado que el Convenio no se cumpliera, sin que tenga sentido ampliar las causas o motivos de enjuiciamiento en el supuesto en que el deudor, al aperebirse de la imposibilidad de cumplimiento, inste la apertura de la fase de liquidación, en vez de esperar al incumplimiento y suscitar un incidente concursal para la rescisión del Convenio».*³⁵³

En consecuencia, el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial que en la apertura de la calificación por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del Convenio el objeto de la calificación se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento de Convenio es imputable al deudor concursado.

Esta doctrina, de alguna forma también se ve reflejada en el Texto Refundido de la Ley Concursal, dado que no altera la literalidad de la norma contenida en la Ley Concursal y, como hemos podido ver, esta interpretación restrictiva, parte de la literalidad de la Ley.

³⁵³ STS n.º 246/2016, de 13 de abril. La Sentencia sigue con el siguiente razonamiento: «*De no ser así, se haría de peor condición al deudor que se adelanta a abrir la liquidación cuando advierte que no puede cumplir el Convenio, que al deudor que espera a que el incumplimiento sea una realidad y a que se ejercite por los legitimados para ello la consiguiente acción de declaración de incumplimiento y de resolución del Convenio. Interpretación que consideramos más acorde con la ratio de los arts. 167.2 y 164.2. 3º LC, que es permitir que con la reapertura de la sección de calificación pueda enjuiciarse lo que no pudo serlo antes con la apertura ordinaria. Y que en ambos casos, incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento, se circunscribe, respecto de las causas de calificación, a la determinación de si la frustración del cumplimiento del Convenio es imputable al deudor concursado*».

CONCLUSIONES

Consecuencias derivadas de la investigación y propuestas de *lege ferenda*

Como consecuencias más destacadas del presente trabajo de investigación pueden extraerse las que a continuación se enumeran, incluyendo como conclusiones algunas propuestas de modificación legislativa que, desgraciadamente, no han sido incorporadas en el reciente Texto Refundido de la Ley Concursal y que, no obstante, albergo la esperanza de que puedan ser añadidas a la normativa concursal española con ocasión de la incorporación al Derecho español de la Directiva de insolvencia³⁵⁴.

PRIMERA.- Una de las novedades más destacables de la normativa concursal, desde la originaria Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, hasta el vigente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, es que se asienta sobre la premisa de que el Convenio es la «*solución normal*» del Concurso, solución paccionada que fomenta haciendo uso de determinadas medidas dirigidas a incentivar a los acreedores y deudor para que alcancen un acuerdo. Entre estas medidas pueden señalarse la posibilidad de que el deudor presente una propuesta anticipada de Convenio con la misma solicitud de Concurso (art. 333 TRLC) o que la mantenga para su deliberación y votación en fase de Convenio cuando no haya reunido las suficientes adhesiones en un principio (art. 336 TRLC), posibilidad que se vuelve a conceder tras la finalización de la fase común, legitimándose en tal caso a los acreedores del deudor también cuando la propuesta consiga el apoyo de una parte de los mismos (art. 338 TRLC).

³⁵⁴ DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

En esta línea, el legislador ha optado por establecer un contenido imperativo del Convenio, exigiendo que, en todo caso y como mínimo, contenga una proposición de quita o espera (art. 317.1 TRLC). Ello no debe interpretarse rigurosamente como una reglamentación hermética, pues dota al mismo de suficiente flexibilidad como para permitir la obtención de acuerdos de la más variada naturaleza, siendo posible que la solución paccionada pase por la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas o en obligaciones convertibles, en créditos participativos o en cualquiera de las proposiciones adicionales que respeten los límites legalmente establecidos, lo que posibilita adaptar su contenido a la casuística de los procedimientos concursales (art. 317.2 TRLC).

Las reformas legales operadas desde la originaria Ley Concursal hasta llegar a la normativa actual han supuesto una evolución en materia de Convenio Concursal, liberalizando su contenido, al eliminar las restricciones inherentes a las quitas y esperas, que originariamente no podían superar la mitad del importe del crédito ordinario ni ser superiores a un período de 5 años desde la aprobación del Convenio, respectivamente. Tras la reforma de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, las quitas pueden abarcar el 100 % del pasivo, así como las esperas ser superiores a los 5 años. Correlativamente, se han modificado y adaptado las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta de Convenio en base al mayor sacrificio que para los acreedores puede suponer la superación de los límites tradicionales (art. 376 TRLC).

Sin perjuicio de reconocer los esfuerzos realizados por el legislador, pues nadie puede poner en duda la importante superación del Derecho de quiebra decimonónico que representó la Ley Concursal de 2003, con la que se pone término final al «arcaísmo y dispersión normativa» vigentes hasta la fecha -parafraseando el preámbulo de la Ley- y que tantos quebraderos de cabeza e injusticias ha generado, lo cierto es que las estadísticas muestran que el Convenio está lejos, yo diría que muy lejos, de ser la «solución normal» del Concurso que predica en la E. de M. VI. En la actualidad, el 90 % de los concursos de acreedores acaban en fase de liquidación, lo que permite concluir el fracaso en la práctica de las medidas introducidas por el legislador para promover el Convenio, máxime cuando en la mayoría de los casos ni se plantea la posibilidad de alcanzar un acuerdo en el seno del Concurso; además, una vez planteado y alcanzado el acuerdo, existe una gran probabilidad de que el Convenio sea incumplido.

Esto nos lleva a la conclusión de que, en materia de Convenio, la normativa concursal española, después de casi diecisiete años de vigencia de la Ley Concursal, con sus innumerables modificaciones, no termina de servir a la finalidad para la que fue creada, existiendo una discordancia entre el plano teórico y la realidad de un sistema concursal que todavía se encuentra lejos de ser perfecto.

SEGUNDA.- A pesar del reconocimiento dispensado en el numeral anterior, tampoco puede liberarse al legislador de ofrecer en este trabajo de investigación una visión crítica sobre las últimas reformas operadas en nuestra Ley Concursal, así como de señalar los múltiples defectos de los que adolece, algunos de ellos deliberados para favorecer intereses ajenos a las finalidades que tanto predica en su preámbulo.

En primer lugar, esta obra no puede concluir sin que se haga expresa referencia a la manifiesta contradicción en la que incurre la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que introduce una serie de modificaciones que desarrollan la premisa en la que se basaba la anterior Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que entendía que la continuidad de las empresas económicamente viables redundaba en un beneficio para la economía y la sociedad, lo que, trasladado al ámbito concursal, convertía la venta de la unidad productiva en la mejor solución. Sin duda, consideramos que la Ley Concursal debería proteger con vehemencia la continuidad de las empresas insolventes que sean viables, incluso más que el interés de los acreedores, porque de esta forma va a procurarse el mayor beneficio tanto a los propios acreedores, como a los trabajadores y demás agentes afectados por la crisis empresarial. En esta línea, es evidente que la venta de la unidad productiva, ya sea en el marco de un Convenio de asunción ya sea sin acuerdo paccionado, es la mejor opción para mitigar los efectos devastadores de la insolvencia empresarial. En caso contrario, con la opción liquidatoria no solo se estaría agravando y extendiendo a toda la sociedad los efectos de la insolvencia -sobre todo en las grandes empresas-, sino también atentando contra las finalidades de la Ley Concursal, como pueden ser la protección de los acreedores y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

En consecuencia, toda reforma que se asiente en la continuidad de la actividad empresarial y que rechace la destrucción del empleo, es bienvenida y gratamente aceptada, máxime cuando durante los últimos años se ha podido comprobar que el

mecanismo creado para proteger este interés -el Convenio concursal- no está logrando los objetivos que justificaron su fomento en el texto legal. El legislador, consciente de ello, con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, pretendía disipar los obstáculos que venían produciéndose en el proceso de transmisión de la unidad productiva, muchos de los cuales acababan frustrando la venta. Tras acomodar el privilegio jurídico de los acreedores privilegiados a la realidad con la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de forma que se evitara que éstos entorpecieran la consecución de un Convenio, la Ley Concursal necesitaba una reforma en términos similares, pero respecto a las normas inherentes a la fase de liquidación, si bien aplicables a todas las transmisiones de la unidad productiva, de forma que la frustración del Convenio no supusiera inmediatamente un fracaso del concurso de acreedores.

Al amparo de esta reforma se introdujeron modificaciones tendentes a facilitar la continuación de la actividad empresarial, en el marco de la venta de la unidad productiva en sede concursal, las cuales han sido recogidas y respetadas en el Texto Refundido, si bien con una evidente mejora en la redacción de los preceptos implicados y aclarando, en un caso, que el adquirente quedará subrogado en las obligaciones y derechos surgidas de los contratos y que, en el caso de que los mismos tengan una naturaleza administrativa, igualmente, se producirá la cesión³⁵⁵.

En el ámbito descrito, la reforma más importante se introdujo con el art. 146 bis LC, relativo a la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos y licencias administrativas de que fuera titular el cedente. Esto ha hecho posible superar la cuestión de si la subrogación del adquirente necesita del consentimiento de la contraparte, lo que podría frustrar la venta en muchos casos. Otra de las novedades más importantes es la transmisión libre de cargas, de forma que el adquirente se vea exonerado de la deuda que pudiera arrastrar el deudor, por lo que la transmisión no lleva aparejada la obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado. Sin embargo, el legislador ha decidido quitar parte del alcance práctico de esta regla estableciendo unas

³⁵⁵ El término que utiliza el TRLC en el art. 317.2 es el de “cesión” no “subrogación”, más acorde con la normativa contenida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -TRLCS-

excepciones que no van en concordancia con las finalidades que reza la E. de M. de la Ley.

La primera excepción es la deuda laboral, que no se exonera, al llevar aparejada la transmisión de la unidad productiva los efectos de sucesión de empresa. Esto debe relacionarse con el art. 44.3 ET, que establece que el cedente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechas. Esta previsión no es una novedad de esta reforma, pues la responsabilidad solidaria de las deudas laborales ya se contemplaba en el texto originario de la Ley Concursal. Aunque el pasivo laboral puede suponer un desincentivo para el adquirente cuando alcance una determinada magnitud, lo cierto es que esta excepción es necesaria por cuanto los trabajadores son el colectivo más vulnerable y afectado por la declaración de Concurso, lo que justifica extremar su protección. Al mismo tiempo, con esta previsión, el legislador incentiva que el adquirente asuma más contratos laborales, pues de lo contrario responderá de los costes derivados del despido que, en la mayoría de los casos, no podrá afrontar el cedente. Como único apunte crítico, es posible señalar que hubiera sido más recomendable fijar una responsabilidad más limitada en el tiempo, pues retrotraer a tres años las obligaciones laborales del adquirente puede lastrar en muchas ocasiones la iniciativa empresarial en la adquisición de unidades productivas, especialmente cuando hay un volumen ingente de trabajadores que asumir, siendo más acorde con la dinámica realidad social, empresarial y laboral existente en el mercado en la actualidad fijar una limitación a dos años, lo que, al mismo tiempo, se corresponde con el plazo previsto en la propia Ley para situaciones de asunción de responsabilidades preconcursales por fraude en el caso del ejercicio de acciones rescisorias de los actos del deudor a que se refiere el art. 226 TRLC.

Si bien considero que esta primera excepción está justificada por la protección que dispensa al colectivo de acreedores más desamparado, la que ha generado controversia es la segunda excepción, relativa a las deudas que la sociedad deudora mantenga con la Tesorería General de la Seguridad Social, de las que responde solidariamente el adquirente de la unidad productiva. Responsabilidad que ya estaba prevista con anterioridad a dicha reforma en el art. 142.1.II TRLGSS, cuya aplicación venían omitiendo los Jueces de lo Mercantil en aras a favorecer la transmisión de la unidad productiva y en base a que la ley especial -la Ley Concursal- debía prevalecer

sobre la general. Sin embargo, con esta reforma, el legislador ha establecido el carácter imperativo del art. 149.4 LC, de forma que el Juez del Concurso está impedido para exonerar al adquirente de la responsabilidad por deudas laborales y de seguridad social. Solo en el primer supuesto, puede decretarse que el adquirente no se subrogue en los salarios o indemnizaciones que haya satisfecho el FOGASA, no existiendo remedio alternativo para las deudas de seguridad social.

Como han criticado la doctrina y los tribunales, esta medida responde al deseo del legislador de proteger el crédito de la TGSS en los procedimientos concursales, algo que no ocurre con el crédito tributario y que es harto cuestionable. Con esta reforma se está atentando directamente contra el espíritu de la Ley Concursal, que es el de *«garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas»*, según reza su preámbulo. Pues bien, no parece que esta sobreprotección del crédito de la Seguridad Social vaya en consonancia con esta finalidad, pues en muchos casos el pasivo derivado de la misma puede frustrar la venta, o, en el mejor de los casos, tener su impacto en el precio de venta. Asimismo, es cuestionable que esta medida pueda beneficiar a la larga el crédito de la Tesorería. No serán pocos los Concursos de acreedores en los que la venta se verá frustrada ante la imposibilidad de asumir la deuda que se mantenga con la Seguridad Social, lo que implicará una retirada de la oferta y, en muchos casos, abocar a la deudora a la liquidación aislada del activo, con el consiguiente despido de la totalidad de los trabajadores. Es cierto que esta estrategia “cortoplacista” conllevará la garantía del crédito público pero se me antoja una estrategia muy desacertada a largo plazo, pues implicará destrucción de empleo, generando unos costes mayores de los que supondría exonerar al adquirente de estos créditos. Por otro lado, en la práctica no se está permitiendo modular la extensión de estas deudas, debiendo responder el adquirente tanto de la deuda correspondiente a los trabajadores que van a quedar subrogados como de la de aquellos que no se transmiten con la unidad productiva.

En segundo lugar, tampoco podemos obviar las tareas pendientes del legislador en relación a nuestra Ley Concursal: el desarrollo reglamentario de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. En efecto, después de más de siete años todavía no se ha aprobado el Reglamento que permita la aplicación de los derogados arts. 27.3, 34.2 y 198 LC,

actuales arts. 61.1 y 2, 85 y 560 TRLC. Esta reforma establece como novedad la apertura de una cuenta de garantía arancelaria que permita a los Administradores Concursales cobrar un mínimo retributivo en los Concursos en los que el activo no permita satisfacer los créditos contra la masa. Evidentemente, esta cuenta de garantía arancelaria requiere de un desarrollo reglamentario para su materialización práctica, algo que está provocando que se dilate en el tiempo esta situación de vulnerabilidad a la que se ven sometidos los Administradores Concursales, que en ningún caso tienen garantizada una retribución mínima por sus servicios.

Puede afirmarse que esta situación de desprotección no se limita a los Administradores Concursales, sino que también se extiende a los mediadores concursales, dando lugar a escenarios rocambolescos y que atentan contra la dignidad profesional. La Disposición Adicional Segunda de la Ley 25/2015, de 28 de julio, también conocida como «*Ley de Segunda Oportunidad*» preveía que para la retribución de estos profesionales se tenga en cuenta el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que se viene aplicando a los Administradores Concursales para calcular su retribución. No obstante, en el cálculo deben aplicarse unas reducciones absurdas que en la práctica convierte en ridículos los honorarios de los mediadores concursales. Como colofón, la aplicación de este Reglamento es transitoria hasta que no se desarrolle uno específico donde se regule la materia, del que tampoco tenemos noticia a día de hoy. Esto ha originado que la mediación concursal, anunciada por el legislador como un hito, no pueda aplicarse como debería en la práctica, al ser una actividad antieconómica para el mediador concursal, figura esencial y que debe dirigir el acuerdo extrajudicial de pagos.

Resumiendo, la venta de la unidad productiva debe ser una solución alternativa que permita el mantenimiento de la actividad productiva sin destrucción de empleo ante situaciones de fracaso del Convenio, sin que ello suponga acudir, directa y automáticamente, a la fase de liquidación. Ello permitiría el mantenimiento de puestos de trabajo y la continuidad en la satisfacción de las obligaciones laborales. Considero que se ha perdido una buena oportunidad en este sentido con la promulgación del Texto Refundido de la Ley Concursal, que, desgraciadamente, conllevará a que, en la práctica, la intransigencia mantenida en muchas ocasiones por la Tesorería General de la

Seguridad Social respecto del cobro de sus créditos privilegiados generales, suponga la desaparición de alguna empresa.

Soy consciente del posicionamiento crítico que esta conclusión representa y que no es éste, precisamente, el sentir de los Tribunales, pues la jurisprudencia parece alinearse con el legislador y, por ende, con la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando considera que las cotizaciones siguen el mismo régimen que los salarios y que, por consiguiente, si los sueldos son considerados como “imprescindibles para la liquidación”, las cotizaciones también lo serán³⁵⁶.

TERCERA.- El Convenio está lejos de ser la «*solución normal*» del Concurso debido a que es un instrumento extraordinario, en el sentido de “poco común”, al exigir la concurrencia de unas mayorías que son difíciles de alcanzar en la práctica. En los procedimientos concursales concurren muchos acreedores y con un régimen distinto en función de la naturaleza de su crédito. La desigualdad entre acreedores ordinarios y privilegiados es uno de los motivos por los cuales muchos de éstos rehúsan involucrarse en el Convenio, ya que tienen garantizado, en todo caso, el derecho de ejecución separada. El Convenio, como tal, está pensado para el pasivo ordinario y subordinado,

³⁵⁶ La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 70/2020, de 4 de febrero de 2020, dictada en el Recurso de Casación número 2093/2017, en la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, señala en su Fundamento de Derecho Segundo 4, que: <<4. No obstante, si se llegara a reconocer a esos salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos que eran imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa misma consideración las cuotas de la Seguridad Social. La razón estriba en que los servicios de unos determinados trabajadores que se consideran imprescindibles generan no sólo el crédito salarial sino también el correspondiente a las cuotas de la Seguridad Social. Ambos tienen el mismo origen, son el coste generado por ese servicio que se habría considerado imprescindible para concluir las operaciones de liquidación, sin que a estos efectos se pueda distinguir entre uno y otro, ni resulten de aplicación las reglas de prelación de créditos del propio art. 176 bis 2 LC. El que este precepto trate de distinta forma el crédito salarial y el de la seguridad social resulta irrelevante a la hora de determinar si ambos son prededucibles en atención a que constituyen gastos necesarios derivados de un servicio imprescindible para concluir las operaciones de liquidación>>.

pero con la traba de que la deuda privilegiada debe satisfacerse preferentemente, lo que condiciona radicalmente su viabilidad. En un procedimiento concursal en el que el principio de la *par conditio creditorum* se aplicara en su acepción más estricta, la superación de la jerarquía de créditos permitiría que el Convenio resultase un instrumento común y frecuente, de forma que el sacrificio quedaría repartido equitativamente. Sin embargo, en un sistema donde la igualdad de trato de los acreedores solo impera entre clases, poner de acuerdo a todos se convierte en una tarea demasiado complicada, por la existencia de intereses contrapuestos dentro de la colectividad.

Consciente de las trabas que suelen plantear los acreedores privilegiados a la solución paccionada, el legislador ha introducido una serie de reformas destinadas a acabar con el exceso de privilegio que ostentaban algunos acreedores fruto de las deficiencias de la regulación. En este sentido, la reforma del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de febrero, señala que la dificultad para alcanzar acuerdos no radica tanto en la falta de voluntad de las partes como en ciertas rigideces inherentes a la normativa concursal. Si bien esta reforma se centra en los acuerdos de refinanciación, abre la puerta a ulteriores modificaciones en sede de Convenio respecto del crédito privilegiado. Posteriormente, el Real Decreto 11/2014, de 5 de Septiembre, introdujo cambios en los criterios de valoración de las garantías que reducen el peso de los acreedores privilegiados en el Concurso para ponerlos en mayor conexión con el Convenio. Esta modificación se complementa con la posibilidad de que el crédito privilegiado se vea forzosamente arrastrado por el Convenio y sujeto al mismo cuando concurren determinadas mayorías de su respectiva clase. No obstante, esta vinculación forzosa al Convenio opera no en relación a la definición convencional de clase -privilegiados generales y especiales-, sino a la del art. 94.2 LC -públicos, laborales financieros y resto de acreedores-.

Esta medida obliga a los acreedores privilegiados a involucrarse con mayor intensidad en la consecución de un Convenio ante el riesgo de verse arrastrados si los acreedores de su misma clase reúnen las mayorías suficientes. Refuerza esta conclusión la reciente e importante reducción de las mayorías exigidas, pues en la Ley Concursal resultaban ciertamente altas, del 60 y 75 %, dependiendo de lo gravoso que resulte el Convenio, quedando reducidas en la actualidad en el Texto Refundido al 50 y 65 %,

respectivamente (art. 376.2 y 3 TRLC). Aun así, esta novedad podría haber tenido un alcance práctico sustancial si operara indistintamente entre acreedores privilegiados y especiales, de forma que cuando no concurrieran las mayorías para vincular a una clase de acreedores, la votación se haría respecto cada clase, según la definición del art. 94.2 LC, actual art. 287 TRLC. De este modo se incrementaría el pasivo privilegiado afectado por el Convenio.

Resulta indudable que los acreedores privilegiados se sienten poco inclinados a participar en los Convenios, resultando positivos los pasos que en este ámbito se han ido dando desde el poder legislativo en el sentido de someterlos cada vez más a la voluntad mayoritaria, siendo buen ejemplo de ello la reducción del porcentaje de mayorías exigibles para su adopción. La práctica viene demostrando que el acreedor más reacio de todos los privilegiados suele serlo el público y ésta debe ser la línea de la reforma pendiente, no satisfecha con el vigente TRLC, junto con el refuerzo del papel a desarrollar en esta fase por la Administración Concursal, cuya objetividad y cualificación profesional podría ser de mucha ayuda para el logro de soluciones paccionadas. En esa línea debe trabajar el legislador, aun a sabiendas que no será fácil, pero el sistema actual está pensado para que lo que se anuncia a bombo y platillo como la solución normal del Concurso sea, en realidad, la solución anormal, viéndose abocados en su mayor parte los procedimientos concursales a la liquidación, no contribuyendo a promover el Convenio desde la Administración Concursal el actual diseño de los honorarios profesionales, que incitan o favorecen la pasividad del Administrador Concursal por la sencilla razón de que va a percibir una mayor retribución en caso de liquidación que en caso de Convenio.

CUARTA.- La praxis jurisdiccional pone de manifiesto las enormes dificultades existentes para la aprobación de un Convenio y, lo que aún es peor, las altas probabilidades de que, superadas las exigencias legales para su aprobación, resulte incumplido el mismo. Al margen de las deficiencias que pueda presentar el Convenio o sus preceptivos documentos que lo aboquen al fracaso, lo cierto es que la regulación contenida en la Ley Concursal acerca del incumplimiento del Convenio no resulta idónea para la satisfacción del interés del acreedor. En efecto, el legislador ha optado por una normativa escueta del régimen de incumplimiento, de forma que la interpretación de cuándo un Convenio se entiende incumplido queda supeditado a la

decisión judicial. En la doctrina pueden diferenciarse los autores que acogen un concepto de incumplimiento restrictivo de aquellos otros que acogen un concepto funcional. La tesis restrictiva no diferencia ni en cuanto a la magnitud ni en cuanto al sujeto incumplidor, mientras que la tesis funcional exige que el incumplimiento sea sustancial, grave y esencial. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mercantil parecen haberse decantado por esta concepción amplia de incumplimiento y restrictiva en cuanto a la entidad. Consideramos que lo más adecuado es atender al caso concreto y valorar cada incumplimiento, pues una aplicación tanto demasiado rigurosa del término como laxa puede conculcar los principios de la Ley Concursal.

QUINTA.- Con independencia del concepto de incumplimiento que pueda acogerse en la práctica jurisdiccional, lo que realmente determina el éxito o fracaso del mismo es su correcta planificación, siendo crucial que el plan de pagos y el plan de viabilidad estén basados en parámetros económicos razonables y acordes a la realidad de la empresa. En efecto, más de la mitad de los incumplimientos de Convenio registrados tienen su causa en deficiencias del plan de viabilidad, una incorrecta delimitación del activo y una mala gestión de la tesorería, lo que viene determinado en estos documentos. Muchas veces los Convenios se proponen con el objeto de disfrazar la empresa de económicamente viable, forzándose a tal fin el plan de pagos y dotándose al plan de viabilidad de datos ficticios que no se ajustan a los datos económicos reales. La elaboración de un Convenio y de los demás documentos con él relacionados, debe hacerse desde la más estricta objetividad, delimitando los períodos de espera y las quitas aplicables en función de los resultados que se obtengan. En caso contrario, estamos adaptando la viabilidad de la empresa a las exigencias del Convenio, cuando justamente debe ser al revés.

Cuando la empresa prevea contar con los recursos que genere su actividad empresarial, la normativa concursal exige que el Convenio venga acompañado de un plan de viabilidad. En estos supuestos, una mala planificación puede ser especialmente desastrosa para el Concurso, de forma que el interés de los acreedores se verá seriamente comprometido, pues podrán generarse gastos adicionales con la continuación de la actividad que, con la apertura de la fase de liquidación, se evitarían. Es importante que el plan de viabilidad lo elaboren sujetos profesionales en la materia, tras la realización de un análisis DAFO y la confección de un plan de producción, de

marketing y económico-financiero. Estos documentos serán los que permitirán concluir si la empresa es viable y, en su caso, marcarán el ritmo de la recuperación del crédito y el calendario de pagos. En todo momento se debe mantener una actitud conservadora con los datos que se manejan, de forma que las previsiones tomen como referencia un volumen de negocio similar al correspondiente al ínterin del Concurso, salvo que existan circunstancias que permitan justificar una mejora notable.

En cualquier caso, cuando del examen de la empresa no se pueda asegurar su viabilidad, debe descartarse la solución paccionada. En este sentido, la evaluación de la propuesta de Convenio y el plan de viabilidad por la Administración Concursal resulta esencial para ayudar a orientar el sentido del voto de los acreedores y evitar la aprobación de Convenios inviables, lo que también se erige como causa de oposición al mismo.

Aunque esta conclusión pueda parecer muy dura con el trabajo que desarrolla la Administración Concursal, no debe recaer sobre ella toda la responsabilidad en la deficiente elaboración y planificación del Convenio. Es más, en muchas ocasiones, por no decir la mayoría de las veces, la Administración Concursal no participa en la elaboración y negociación del Plan, teniendo un protagonismo muy reducido e, incluso, inexistente, pues su elaboración suele ser realizada desde los departamentos jurídico y/o económico de la propia Concursada y presentado a la Administración Concursal una vez contactados los acreedores, de manera que la Administración Concursal se encuentra en una delicada posición, no pudiendo plasmar de forma honesta y objetiva sus críticas a la propuesta de Convenio, pues eso supondría que el proyecto nacería muerto antes de obtener adhesión alguna por parte de los acreedores. En tal sentido, creo que debe potenciarse en este ámbito la figura del Auditor de cuentas externo, pues está en contacto permanente con la empresa, lleva un control de las cuentas del negocio, diseña estrategias tendentes a evitar o, cuando menos, minimizar riesgos económicos, reducir costes y garantizar que la contabilidad de la empresa sea totalmente fiable. La ausencia de un control previo fiable, objetivo y realista lleva a que en muchas ocasiones la propuesta de Convenio que se presenta a la Administración Concursal se halle en el límite, no solo temporal sino de viabilidad, dejando la Administración Concursal que sean los acreedores, como principales interesados, los que se encarguen de juzgar *a posteriori* si el Plan es viable o no.

SEXTA.- En los últimos años se ha discutido la extensión del juicio de calificación en el supuesto de incumplimiento de Convenio, habiéndose planteado la doctrina si puede enjuiciarse el Concurso por cualquiera de las presunciones que recogían los derogados arts. 164 y 165 LC, actuales arts. 442 y 443 TRLC. En esta línea, han surgido tesis distintas que defienden una aplicación restrictiva o amplia de la Ley en función de la extensión del enjuiciamiento en la Sección de calificación.

En una primera etapa jurisprudencial³⁵⁷, nuestro Alto Tribunal, tras señalar las diferencias entre un Convenio «gravoso» y un Convenio «no gravoso» en función de si

³⁵⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo número 29/2013, de 12 de febrero, dictada en el Recurso de Casación 2137/2010, en la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, sentó, por vez primera, la doctrina relacionada con las consecuencias del incumplimiento del Convenio, en los casos en que previamente se había abierto la sección de calificación por tratarse de un Convenio gravoso para los acreedores, afirmando que: << *El Convenio con un contenido gravoso habría dado lugar ya a la apertura de la sección de calificación (art. 167.1 LC), cuyo objeto de enjuiciamiento habría permitido enjuiciar cualquiera de las conductas tipificadas en el art. 164.1 LC, integrado, en su caso, con el art. 165 LC, respecto de la presunción de dolo o culpa grave, o bien en el art. 164.2 LC, salvo la 3ª, que presupone el incumplimiento del Convenio aprobado. De ahí que, cuando más tarde se produce el incumplimiento del Convenio y, por ello, se abre la liquidación, es necesario volver a abrir la sección de calificación, si ya estaba terminada, o, en otro caso, una pieza separada dentro de ella, para juzgar únicamente sobre las causas del incumplimiento del Convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar (art. 167.2 LC). Pero la Ley no regulaba expresamente el alcance de la apertura de la sección de calificación en caso de incumplimiento de un Convenio "no gravoso" para los acreedores y que, por tanto, no había dado lugar a la apertura previa de la sección de calificación, al tiempo de su aprobación. Está claro que en estos casos es posible abrir la sección de calificación, pues el incumplimiento del Convenio determina la apertura de la fase de liquidación y el art. 163.1.2º prescribía "la formación de la sección de calificación del concurso (...) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación". Su alcance es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC, pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del Convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de*

con su aprobación se había formado o no la Sección Sexta (art. 445 TRLC -art. 167.1 LC-), consideró que en caso de apertura de la calificación por incumplimiento de Convenio su alcance dependerá de si previamente se han podido juzgar las conductas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, todas menos la del art. 442.2.6ª TRLC (antigua circunstancia del art. 164.2.3ª LC). En consecuencia, cuando se incumpla un Convenio no gravoso, en tanto no se ha abierto la Sección de calificación y no hubo oportunidad de juzgar las conductas anteriores al Convenio, el enjuiciamiento se extiende tanto a las conductas anteriores como posteriores al incumplimiento.

Esta primera etapa fue superada, o más bien, matizada, con posterioridad³⁵⁸, complementando su anterior jurisprudencia el Tribunal Supremo, limitando el

acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un Convenio "poco gravoso" pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC, y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3º LC ("incumplimiento del Convenio debido a causa imputable al concursado"). Bajo la lógica de la argumentación del segundo motivo de casación, conviene aclarar que la resolución del Convenio no sólo determinará la desaparición de los efectos que el Convenio había producido sobre los créditos, sino también la desaparición de la circunstancia legal que impedía la calificación del concurso, que en cualquier caso requería, para que fuera definitiva, la aprobación del Convenio. La apreciación de las consecuencias legales previstas para el caso de incumplimiento del Convenio no afecta a su carácter contractual, que, además, en modo alguno agota su naturaleza. Por mucho que se pudiera llegar a concebir un Convenio concursal como una transacción, sus efectos cesarían con la resolución por incumplimiento, razón por la cual no cabe apreciar infracción alguna de la jurisprudencia citada >>.

³⁵⁸ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 246/2016, de 13 de abril, dictada en el Recurso de Casación 2910/2013, en la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, estimando el recurso de casación interpuesto resuelve por vez primera la controversia sobre la amplitud de conocimiento en la sección de calificación reabierta tras el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del Convenio, afirmando que: << (...) respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del Convenio es imputable al deudor concursado. De la literalidad del art. 167.2 LC pudiera parecer que la meritada limitación de enjuiciamiento únicamente se refiere a los casos de reapertura de la sección por incumplimiento del Convenio, ya que no menciona la reapertura por imposibilidad

enjuiciamiento a si el incumplimiento del Convenio es imputable al concursado en los casos de reapertura de la Sección de calificación del Convenio gravoso.

Esta doctrina sentada por el Tribunal Supremo es susceptible de crear situaciones absurdas, en las que se abra la Sección de calificación sin que pueda enjuiciarse conducta alguna. Esto es así debido a que los efectos de la apertura de la Sección de calificación son los mismos, con independencia de que se trate de una declaración de incumplimiento *ex art. 402.1 TRLC*, una declaración confesoria o de reinsolvencia *ex art. 407.1 TRLC*. Paradójicamente, la presunción *iuris tantum* que se menciona no puede aplicarse en estos dos últimos supuestos, al no haber apertura de oficio, lo que puede traer como consecuencia en el Convenio gravoso la apertura de Secciones de calificación vacías de contenido.

SÉPTIMA.- No abandonando las lagunas advertidas en la nueva normativa concursal, no ha sido aprovechado el Texto Refundido de la Ley Concursal para recoger

de incumplimiento. Sin embargo, la identidad de razón entre ambos supuestos es manifiesta, puesto que los dos -incumplimiento e imposibilidad de cumplimiento- tienen un sustrato común, que es la frustración del cumplimiento del Convenio, que conlleva el comienzo de la fase de liquidación y, con ella, la reapertura de la sección de calificación, y la necesidad de coordinar dicha reapertura con lo actuado en la tramitación inicial de la calificación. En ambos casos está justificado que con la reapertura de la sección de calificación se enjuicien las causas que hubieran motivado que el Convenio no se cumpliera, sin que tenga sentido ampliar las causas o motivos de enjuiciamiento en el supuesto en que el deudor, al apercibirse de la imposibilidad de cumplimiento, inste la apertura de la fase de liquidación, en vez de esperar al incumplimiento y suscitar un incidente concursal para la rescisión del Convenio. De no ser así, se haría de peor condición al deudor que se adelanta a abrir la liquidación cuando advierte que no puede cumplir el Convenio, que al deudor que espera a que el incumplimiento sea una realidad y a que se ejercite por los legitimados para ello la consiguiente acción de declaración de incumplimiento y de resolución del Convenio. Interpretación que consideramos más acorde con la ratio de los arts. 167.2 y 164.2.3º LC, que es permitir que con la reapertura de la sección de calificación pueda enjuiciarse lo que no pudo serlo antes con la apertura ordinaria. Y que en ambos casos, incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento, se circunscribe, respecto de las causas de calificación, a la determinación de si la frustración del cumplimiento del Convenio es imputable al deudor concursado >>.

la posibilidad de que el Juez pueda rechazar el Convenio de oficio cuando su cumplimiento sea objetivamente inviable, anticipando la declaración de incumplimiento y evitando los perjuicios derivados del mismo. En este sentido, el rechazo de oficio solo se prevé cuando exista infracción de normas relativas al contenido del Convenio, de las adhesiones o relativas al procedimiento de aprobación, sin perjuicio de los mecanismos de subsanación que se establece en la ley (art. 390 TRLC). Menos aún tiene cabida en la regulación actual la posibilidad de que el Juez, pese a no concurrir las mayorías requeridas para la aprobación del Convenio, siga adelante con el mismo y lo apruebe cuando sea a todas luces beneficioso para el Concurso.

La razón que explica la ausencia de estas facultades tiene que ver con la naturaleza del Convenio y su elemento contractual, que lo hace depender exclusivamente de la voluntad de deudor y acreedores, sin perjuicio de que la autoridad judicial sancione dicho contrato y controle su legalidad. Pero, en definitiva, el legislador ha querido que sean exclusivamente deudor y acreedores quienes decidan la conveniencia de la solución pactada, sin un decisivo intervencionismo judicial. A mayor abundamiento, no es esencial el consentimiento del deudor, que puede oponerse a su aprobación cuando no hubiera prestado su conformidad, lo que refuerza la idea de que el Concurso está destinado principalmente a la satisfacción de los acreedores y deben ser ellos quienes decidan como titulares del interés.

Quizás hubiera sido acertado dotar al Juez de la facultad de aprobar el Convenio cuando el mismo fuera beneficioso para el Concurso pese a no alcanzar las adhesiones suficientes de la colectividad de acreedores. No sería ésta una solución novedosa, pues lo cierto es que en el Derecho comparado se advierte la posibilidad de aprobar el Convenio a pesar de no concurrir las mayorías suficientes cuando el Convenio se presente como un mecanismo apto para superar la crisis empresarial³⁵⁹. Evidentemente,

³⁵⁹ Un ejemplo lo constituye el Código de Insolvencia alemán de 1994 *–Insolvenzordnung–*, el cual, en su parágrafo 231, permite al Juez que pueda rechazar oficialmente el Convenio cuando no se dé cumplimiento a los requisitos legales exigidos para su adecuada presentación, cuando observe deficiencias insubsanables y éstas no sean solucionadas dentro de un período razonable establecido por el Tribunal o cuando el Plan presentado por el deudor no tenga perspectiva de ser aceptado por las partes o confirmado por el propio Tribunal, porque sus condicionantes presentan visos de no poder cumplirse. Este Código alemán habla de “confirmación del

a diferencia de los ordenamientos vecinos, la normativa concursal patria pretende la satisfacción de los acreedores antes que el saneamiento de la empresa y la continuación de la actividad del deudor, donde estas finalidades se vinculan en todo caso a su satisfacción. No cabe duda de que introducir esta posibilidad podría hacer del Convenio una auténtica «*solución normal*» del concurso e incentivar su consecución por los acreedores.

Respecto a la posibilidad de que el Juez pueda rechazar el Convenio de oficio cuando sea objetivamente inviable, el legislador parece haber reservado esta facultad, en cualquier caso, a la Administración Concursal, que es la encargada de denunciar dicha circunstancia y velar por el interés de los acreedores, con independencia de que estos puedan fundar su oposición a la aprobación cuando sean titulares del 5 % de los créditos ordinarios.

OCTAVA.- El mecanismo del arrastre del crédito privilegiado introducido por el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, en su día constituyó una novedad que, sin duda, incrementaba las posibilidades de alcanzar un Convenio en el seno del procedimiento concursal, al vincular forzosamente al Convenio a los acreedores privilegiados de una determinada clase cuando así lo vote la mayoría. No obstante, dicha votación se circunscribe a las diferentes clases de acreedores según la definición del art. 94.2 LC — públicos, laborales, financieros y resto de acreedores—, subclasificación de créditos privilegiados que se mantiene en el vigente art. 287 TRLC. Por tanto, existen un total de ocho divisiones a efectos de esta regulación, de modo que puede quedar afectado, por ejemplo, la totalidad del crédito privilegiado general financiero, mientras que no el privilegiado especial financiero.

Tribunal”, lo que supone que deja libertad a las partes para la fijación de su contenido pero permite al Tribunal, antes de su aprobación, su justificado rechazo, decisión contra la que el deudor puede presentar recurso. En similares términos, el Libro VI del Código de Comercio francés, que se ocupa de la regulación de la insolvencia, alude a la reorganización judicial del Convenio o “*redressement*”, que faculta al Juez para decidir la opción más adecuada para afrontar la situación de insolvencia.

Entendemos que esta novedad podría tener una utilidad sustancial si la distinción del crédito afectara a las diferentes clases de acreedores según el art. 287 TRLC, pero exclusivamente en el caso de que no pudiera abordarse el crédito privilegiado general y/o especial. En otras palabras, que primero se intentara el abordaje de conformidad con la distinción del art. 269.2 TRLC, esto es, privilegiados generales y especiales. De esta forma, se incrementaría la posibilidad de que el crédito privilegiado quede afectado, lo que incentiva las negociaciones entre acreedores y deudor para alcanzar un acuerdo y evitar la aplicación del art. 397.2 TRLC. Cuando la votación para arrastrar a la clase privilegiada correspondiente fuera infructuosa, la votación se limitaría a las diferentes clases según el art. 286.2 TRLC.

Con la regulación actual y las elevadas mayorías que deben concurrir resulta especialmente complicado arrastrar determinadas clases de crédito, como los de naturaleza pública, pues existe cierta unidad de acción en cuanto a los diferentes organismos públicos. Con independencia de que se apruebe un Convenio, el crédito privilegiado público, dada su magnitud, acabará teniendo un gran impacto en su cumplimiento, razón por la cual considero muy importante incrementar las posibilidades de su arrastre, siendo criticable no haber aprovechado la ocasión de la elaboración de un Texto Refundido para corregir deficiencias presentes en otras reformas previas de la Ley Concursal que, no obstante su benevolente espíritu, no han servido para reforzar la solución pactada del Concurso, ahondando, más si cabe, en su fracaso.

NOVENA.- Aprobado el Convenio, la normativa concursal prevé escuetamente que con periodicidad semestral el deudor deba informar al Juez del concurso acerca de su cumplimiento (art. 400 TRLC). Al margen de la muy deficiente regulación del deber de información, que no establece ni un contenido mínimo de esa información periódica ni tampoco las consecuencias que se derivarían de su incumplimiento, lo cierto es que se trata de la única fuente de información de que disponen los acreedores para comprobar la viabilidad del Convenio, con excepción de aquellos supuestos en los que se haya establecido una comisión de vigilancia en el Convenio como medida complementaria a este deber de información, previsión contractual o pactada que vendría a cubrir la laguna legal existente en la materia.

La realidad concursal que ofrece a los operadores jurídicos esta deficiente regulación del derecho de información de los acreedores sobre el cumplimiento del Convenio permite afirmar que, una vez aprobado el Convenio, el acreedor se ve ciertamente alejado del mismo, como si fuera un mero espectador del cumplimiento por el deudor, sin que la Ley le reconozca derecho alguno con la finalidad de comprobar si el cumplimiento del Convenio sigue siendo posible. Así, sería deseable reconocer el derecho a consultar las cuentas, que le son inaccesibles, salvo que el deudor las deposite en el Registro Mercantil.

Considero que con la atribución al acreedor de un reforzado derecho de información se lograría evitar que muchos Convenios que devienen imposibles de cumplir pudieran mantenerse artificial e ilusamente vigentes, anticipando una declaración de incumplimiento, evitando, con ello, dilatar el procedimiento en perjuicio del interés de los acreedores. En este sentido, también se lograría obstaculizar en gran medida la realización de actos fraudulentos por parte del deudor en aquellos casos en los que, aprobado un Convenio que contenga una larga espera con periodo de carencia, la posición inactiva de los acreedores permita al concursado que se alce con sus bienes.

En la práctica no es frecuente la introducción de cláusulas de limitación de las facultades patrimoniales del deudor *ex art. 321 TRLC*, máxime cuando su inclusión no es preceptiva ni puede ser solicitada a instancia de parte y/o introducida de oficio por el Juez a la vista de las alegaciones de las partes. Por ello, para asegurar el interés de los acreedores y evitar cualesquiera actos fraudulentos por parte del deudor, debería facultarse al Juez para establecer medidas cautelares cuando lo soliciten una parte de los acreedores, o bien, fijar como regla general una limitación a las facultades del deudor, estableciendo como excepción o salvedad a tal regla general que los acreedores permitieran por mayoría levantar las restricciones.

Lamentamos profundamente que el legislador no haya introducido reformas de calado en este caso con ocasión de la aprobación del Texto Refundido. Son lagunas con indudable trascendencia práctica que el devenir diario en los órganos jurisdiccionales mercantiles permite observar. En cualquier caso, la deficiente regulación normativa en este ámbito exigiría la adopción de medidas que favorezcan la posición del acreedor mientras está pendiente de cumplimiento el Convenio, bridándoles la posibilidad de

conocer la evolución económica de la empresa y valorar la viabilidad de la misma tras el cumplimiento de los primeros compromisos de pagos, de forma que no solo se evitaría dilatar la declaración de incumplimiento, sino también que el deudor se pueda beneficiar de la espera e incertidumbre inherentes al período de cumplimiento del Convenio.

DÉCIMA.- Merece una conclusión aparte en este trabajo de investigación la regulación del crédito contingente, clasificación novedosa del crédito introducida en la originaria Ley Concursal que resulta, cuando menos, controvertida, pues se trata de un mecanismo susceptible de ser utilizado de forma fraudulenta por el deudor contra determinados acreedores importantes para la consecución de un Convenio. Consciente de esto, el legislador ha pretendido salvaguardar los intereses de los acreedores contingentes concediendo al Juez la tutela cautelar del acreedor cuando se estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente (art. 261.5 TRLC). Sin embargo, la amplia redacción del precepto no permite dilucidar si la protección se limita al derecho de cobro suspendido del acreedor, o bien, se hace extensible a sus derechos políticos. Esto ocurre porque el precepto tan solo se refiere a medidas cautelares de carácter económico, si bien no cierra la posibilidad de cualesquiera otras que considere oportunas, aunque no está claro si deben ser, en todo caso, de carácter económico. Por tanto, la norma necesariamente queda a la interpretación del juzgador, lo que va en perjuicio de los derechos políticos de los acreedores contingentes, cuya salvaguarda quedará subordinada a la interpretación que estime correcta el Juez del concurso en cada caso.

También existen dudas sobre el cauce procesal oportuno para adoptar las medidas cautelares previstas en el art. 261.5 TRLC. En tanto el mismo guarda silencio sobre su momento y tramitación, lo correcto sería seguir el procedimiento previsto para el incidente concursal como consecuencia de su aplicación residual a todos los trámites que no tengan señalado un procedimiento específico (art. 531.1 LC). Ahora bien, el incidente concursal solo prevé que el procedimiento finalice mediante Sentencia, lo que parece no tener encaje con la exigencia que la solicitud de medidas cautelares termine mediante un Auto (art. 735 LEC). Correlativamente, servirse de una tramitación que no sea la del incidente concursal puede no garantizar el derecho de defensa del acreedor,

máxime cuando lo correcto sería que el acreedor gozase de las garantías inherentes a cualquier procedimiento de medidas cautelares.

Al amparo de la actual regulación el deudor puede articular una estrategia procesal que le conducirá al éxito momentáneo de impedir el control por parte de un acreedor disconforme con el contenido del Convenio y que represente una parte sustancial del pasivo, consistente en la interposición de una demanda de juicio declarativo contra dicho acreedor, de tal forma que, automáticamente, el crédito pasaría a ser un crédito litigioso y, por tanto, contingente, y la consecuencia sería que el derecho de voto y cobro del acreedor quedaría irremediamente suspendido en tanto no recayese Sentencia firme, lo que, atendido el importante atasco de la jurisdicción mercantil, agravado tras la crisis de la COVID-19, le haría ganar mucho tiempo, años me atrevería a afirmar.

Por tanto, gracias a esta conducta fraudulenta amparada en su derecho a litigar, el deudor se garantiza un control sobre la masa pasiva que puede ser crucial de cara a la aprobación de un Convenio. Y en una línea similar debemos situar los perjuicios del acreedor que reclamó su crédito judicialmente antes de la declaración de Concurso, quien, curiosamente, como consecuencia de su diligente conducta, verá suspendidos sus derechos de cobro y voto.

Por esta razón y para evitar actos fraudulentos o un perjuicio dimanante de la interposición de una legítima reclamación judicial, la normativa vigente en materia concursal debería conceder a la Administración Concursal la facultad de valorar la contingencia del crédito y excluirla cuando las circunstancias así lo aconsejen.

Al margen de esto, es necesaria una regulación más detallada de la figura de la contingencia donde no solo se garantice expresamente una tutela de los derechos políticos de los acreedores, sino también se prevea el cauce procedimental oportuno para que pueda discutirse la contingencia en sí misma con plenas garantías.

UNDÉCIMA.- Por último, debemos reiterar la necesidad de abordar una reforma que permita volver al *status quo* anterior a la entrada en vigor de la Ley 9/2015, de 30 de mayo, en cuanto a la exoneración del adquirente respecto la deuda de Seguridad Social en las transmisiones de unidades productivas. Está comprobado que

poner trabas a la venta de la unidad productiva frustra la finalidad del Concurso de acreedores, además de ser contraproducente para la sociedad y la economía nacional, siendo cuestionable incluso que sea una manera de proteger el crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social, que es lo que el legislador pretende. A diferencia de los trabajadores, que son los sujetos que más sufren los efectos de la insolvencia empresarial, el crédito público no merece más protección que la prioridad de cobro que concede la Ley Concursal al 50 % de su crédito mediante su calificación como crédito privilegiado general.

Debe superarse este proteccionismo del crédito público y virar hacia un modelo más en sintonía con los ordenamientos vecinos, como en Italia, donde se excluye cualquier responsabilidad aparejada a la venta de activos, o Francia, donde incluso se establecen exoneraciones respecto determinados créditos laborales. Los países de la *Common Law* tienen como principio la transmisión libre de toda carga —*free and clear of liens and encumbrance*—, lo que va en consonancia con el espíritu de salvaguarda de la empresa que les caracteriza.

Esta línea que nos muestra el Derecho comparado en la materia debe llevar al legislador a suprimir la responsabilidad del adquirente por las deudas de Seguridad Social de forma similar a lo que ocurre con el crédito tributario, de modo que con ello se incentiven las transmisiones de unidades productivas y puedan evitarse los efectos aparejados a la liquidación, que incrementan el gasto público consecuencia de las indemnizaciones por despido; o, cuanto menos, limitar esta responsabilidad o establecer mecanismos para modularla, de forma que no frustre la venta de la unidad productiva.

LISTADO DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiero con los acreedores ordinarios en el año 2006 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 2. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2006 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 3. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiero con los acreedores ordinarios en el año 2010 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 4. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2010 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 5. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiero con los acreedores ordinarios en el año 2014 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 6. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2014 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 7. Disponibilidad del contenido del Convenio sobre el compromiso financiero con los acreedores ordinarios en el año 2018 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 8. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2018 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 9. Disponibilidad de información sobre el compromiso de pagos en los Convenios aprobados en el año 2019 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 10. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2019 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 11. Disponibilidad de información sobre el compromiso de pagos en los Convenios aprobados en el año 2020 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 12. Expectativas de recuperación del crédito en el año 2020 (Fuente: Registradores de España).

Gráfico 13. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios (histórico).

Gráfico 14. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación (histórico).

Gráfico 15. Duración del período de vida del Convenio (años). (Fuente: elaboración propia).

Gráfico 16. Naturaleza del acreedor instante *ex art. 140 LC*. (Fuente: elaboración propia).

Gráfico 17. Causas de incumplimiento alegadas por los operadores jurídicos en las piezas de calificación. (Fuente: elaboración propia).

TABLAS ESTADÍSTICAS

Tabla 1. Convenios por identidad del solicitante del concurso (Fuente: Registradores de España).

Tabla 2. Número de concursos por año y tipo (Fuente: INE).

Tabla 3. Convenios según autor de la propuesta (Fuente: Registradores de España).

Tabla 4. Convenios según mecanismo de aprobación (Fuente: Registradores de España).

Tabla 5. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2006 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 6. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2010 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 7. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2014 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 8. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios en el año 2018 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 9. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación año 2018 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 10. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios en el año 2019 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 11. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación del Convenio, año 2019 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 12. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios en el año 2020 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 13. Expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios según mecanismo de aprobación del Convenio, año 2020 (Fuente: Registradores de España).

Tabla 14. Proporción Convenios aprobados/incumplidos (Fuente: elaboración propia).

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

Obras de autor y doctrina

AA.VV. *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal* (dir) R. García Villaverde, A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerro, Dilex, Madrid, 2003.

AA.VV. *La nueva Ley Concursal* (dir) J.F. Garnica Martín, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, CENDOJ, Madrid, 2004.

AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal* (dir) J.M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriendos, Tomos I, II y III, Bosch, Barcelona, 2004.

AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal*, (dir) F. Cordón Moreno, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

AA.VV. *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*. Tomos I y II, Dykinson, S.L., Madrid, 2004.

AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomos I, II, III, IV y V, Marcial Pons, Madrid, 2005.

AA.VV. *Tratado práctico del Derecho Concursal y su reforma*, (dir) F. Martínez Sanz, (coord.) A. Puetz, Tecnos, Madrid, 2012.

AA.VV. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, (dir) A.B. Campuzano y E. Sanjuán y Muñoz. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

AA.VV. *Práctica Concursal*, (dir), J. Albiol, coord., C. Valcárcel, Tomos I y II, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

AA.VV. *Comentario al texto refundido de la Ley Concursal*, (dir), P. Prendes Carril, N. Fachal Noguer, Tomos I y II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.

ARANGUREN URRIZA, F. J., «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores», en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

ARIAS LÓPEZ, R., «La necesaria reforma de las sucesivas reformas de la Ley Concursal», en www.abogacia.es (Consejo General de la Abogacía Española), 22/04/2016. URL: <https://www.abogacia.es/2016/04/22/la-necesaria-reforma-de-las-sucesivas-reformas-de-la-ley-concursal/>

ARTEAGA SAN MARTÍN, A.A., *Transmisión de la empresa y de unidades productivas en el concurso de acreedores* [tesis doctoral], CERDÁ ALBERO, F. [dir.tes.], Universidad Pompeu i Fabra, Departamento de Derecho, 2015. URL: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/373911/taasm.pdf?sequence=1>

ARTOLA SENAR, G., “Consecuencias del incumplimiento del Convenio en el concurso de acreedores”, en *Boletín Quantor Contable*, Lefebvre, n.º 1, Marzo 2012.

BAENA, P. J., «El concurso consecutivo», en *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 33, Civitas, Pamplona, 2014, pp. 11-61.

BENITO DE LOS MOZOS, A. I., *El Convenio Incumplido*, Fe d'erratas, Madrid, 2015.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «*El Convenio en la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal del Profesor Ángel Rojo*», en *La Reforma del Derecho Concursal*, CDC, monográfico, 1997, pp. 89 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vols. I y II, Tecnos, Madrid, 2004.

BERROCAL LANZAROT, A. I., «El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 63, 2015.

BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2012 y 2020, Vol. II.

CARRASCO PERERA, A., «El mecanismo de ‘segunda oportunidad’ para consumidores insolventes en el RD-L 1/2015: realidad y mito», en *Revista Cesco de Derecho de Consumo*.

CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 1995.

COUSO PASCUAL, J. R., «Una reforma concursal consecuyente: el RDL 11/2014», en *Revista* 57, 14 de octubre de 2014. URL: <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/3852-una-reforma-concursal-consecuyente-el-rdl-11-2014>

CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. (coord.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Cizur Menor, 2009.

DE LA CUESTA RUTE, J.M., «El Convenio Concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal», Thomson-Aranzadi, 2004.

DÍAZ MORENO, A. (coord.), *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Ed. 16ª, Madrid, 2013.

FÍNEZ RATÓN, J. M., «La prórroga forzosa como causa de extinción de la fianza (análisis del artículo 1.851 del Código Civil)», en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 5, enero-marzo, 1993.

GARCÍA ESCOBAR, G. A., «El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 5, 2014. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/143457578.pdf>

GARCÍA-CRUCES, J. A., (dir.), *Jurisprudencia y concurso (Estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

GARCÍA MARTIN, V., *Viabilidad Financiera de la Empresa de Negocios*, Tirant Lo Blanch, 2009.

GARCÍA OREJUDO, R. (*et al*), *Visión Concursal, El funcionamiento del Concurso de Acreedores*, Dykinson, Barcelona, 2018.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8ª ed., revisada, con la colaboración de FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1983.

GARNACHO CABANILLAS, L., «La finalidad última del concurso», en *El Convenio de asunción*, Estudios de Derecho Concursal, Civitas, 2014.

GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los ‘intereses concurrentes’ y del ‘interés del concurso’ en la nueva Ley Concursal», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, n.º 94, abril-junio, 2004, pp. 173-182.

GRACIA PEINADO, J.; SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Sepín, España, 2021

HÖLDERL FRAU, H. A., *El Convenio en la quiebra y en la nueva Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.; DÍAZ MORENO, A. (coord.), *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Ed. 16ª, Madrid, 2013.

LEIVA FERNÁNDEZ, L., *El alea en los contratos*, La Ley, Buenos Aires, 2002.

LÓPEZ CURBELO, J., *Concepto y naturaleza del Convenio en la suspensión de pagos*, Barcelona, 2000.

LÓPEZ LÓPEZ, E., MACÍAS CASTILLO, A. (coords.), *Comentario práctico a la Ley Concursal*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012.

MACHADO PLAZAS, J., *Convenio Concursal y Fianza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MACÍAS CASTILLO, A.; JUEGA CUESTA, R. (coord.), *Ley Concursal comentada*, Colección leyes comentadas, Lefebvre El Derecho, 2ª edición, Madrid, 2017.

MUÑOZ PAREDES, A.; *Protocolo Concursal*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

OLIVENCIA, M. (hom.), *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PERDICES HUETOS, A., *Fianza y Concurso: las garantías personales en la Ley Concursal*, Thomson Civitas, 2005.

PRENDES CARRIL, P. (dir.), *Tratado Práctico Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

PRENDES CARRIL, P. (dir.), *Practicum Concursal 2021*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (dir.), *Tratado judicial de la insolvencia*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

PULGAR EZQUERRA, J., «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», en *Diario La Ley*, n.º 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, Año xxxv. URL: http://www.icjce-euskadi.com/PonenciasForoConcursal2014/Ley17_2014-medidas-urgentes-refinanciacion%20.pdf

PULGAR EZQUERRA, J., (dir.), *Manual de Derecho Concursal* (coord., por A. Gutiérrez Gilsanz, F.J. Arias Varona, J. Mejías López), 2ª Edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

RAMÍREZ, J. A., *Derecho concursal español. La quiebra*, Vol. I, II y III, 2ª ed., por J.M. Caminals y F. Clavé, Bosch, Barcelona, 1998.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Extensión subjetiva del Convenio: el “arrastre” de los acreedores privilegiados», en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2016, 30 de Diciembre de 2015.

RODRÍGUEZ MASEDA, J. C., «Apertura de la liquidación», en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, 2012.

ROJO, A., *El Convenio Anticipado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004.

ROJO, A.; CAMPUZANO, A.B. (dir.), *Regularización, aclaración y armonización de la legislación Concursal. IX Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*. Civitas, Madrid, 2018.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (coord.), *La Reforma de la Legislación Concursal*, Marcial Pons, España, 2003.

SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la ley de Suspensión de Pagos*, Bosch, 1989.

SALA REIXACHS, A. (coord.): *Aspectos prácticos de la liquidación concursal*, Aferre, Barcelona, 2018.

SALA REIXACHS, A., *La terminación de la quiebra y el Convenio concursal*, Bosch, Barcelona, 2000.

SÁNCHEZ BELTRÁN, E. M. (et al), *Comentarios de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Vol. 2, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Clares, Valladolid, 1976.

SANCHO GARGALLO, I. «Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia», *Anuario de Derecho concursal*, Número 51, Septiembre-Diciembre 2020.

SENENT MARTÍNEZ, S., «4.- Convenio, liquidación y conclusión del concurso», en *Guías concursales*, Consejo General de Economistas – REFOR Economistas Forenses, Madrid, 2017.

SWIEC TENENBAUM, A., *El plan de viabilidad en el concurso de acreedores*, Fe d' erratas., Madrid, 2013.

TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concurso de ‘interés concursal’», en *Anuario de Derecho concursal*, Thomson-Civitas, Tomo LXII, Fascículo III.

TORRES DE CRUELLES, J., MAS Y CALVET, M., *La suspensión de Pagos*, Bosch, Barcelona, 1957.

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. (dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, 2006, Vol. II.

VARA DE PAZ, N.: «Cumplimiento e incumplimiento del Convenio (arts. 137 a 141 de la Ley Concursal)», en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, págs.. 4753 a 4780. Marcial Pons, Madrid, 2005.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de Julio*, VLex España, 2010.

VÁZQUEZ CUETO, J.C.: Los efectos de la declaración judicial de incumplimiento del Convenio, en RDCP, núm. 23, 2015, pág. 71 y ss.

ZUBIRI DE SALINAS, M., «Las operaciones de liquidación (I): el plan de liquidación», en *La liquidación concursal*, Estudios de Derecho concursal, Thomson-Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2011.

Recursos en línea, informes y otros

Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de Mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencias de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). URL: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Insolvencia%20Tramitaci%c3%b3n.pdf>

Banco Mundial, *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, p. 31. URL: http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf

Memoria del análisis del impacto normativo Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencias de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), elaborada por el Ministerio de Justicia. URL: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN%20APL%20Insolvencia%20Tramitaci%c3%b3n.pdf>

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA CITADO

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 25 de noviembre de 1913

STS de 20 de noviembre de 1928

STS de 30 de diciembre de 1932 (RJ 1932-33, 1394)

STS de 26 de junio de 1945

STS de 9 de noviembre de 1950

STS de 30 de noviembre de 1958

STS de 30 de mayo de 1959

STS de 4 de julio de 1966 (RJ 1966, 3936)

STS de 15 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4494)

STS de 13 de febrero de 1979

STS de 27 de marzo de 1987

STS de 20 de junio de 1989 (RJ 1989, 4710)

STS de 23 de noviembre de 1989 (RJ 1993, 9209)

STS de 16 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8407)

STS de 20 de mayo de 1993

STS de 8 de enero de 1997 (RJ 1997, 112)

STS de 24 de julio de 1997 (EDJ 6830)

STS de 18 de noviembre de 1997

STS de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1048)

STS 350/2007, de 30 de marzo de 2007 (RJ 2007/3557)

STS de 22 de abril de 2010 (EDJ 61321)

STS de 25 de noviembre de 2011 (EDJ 262922)

STS 29/2013, de 12 de febrero de 2013

STS de 19 de febrero de 2013 (EDJ 24013)

STS, 449/2014, de 4 de septiembre de 2014

STS de 26 de marzo de 2015 (EDJ 45638)

STS 229/2016, de 8 de abril de 2016

STS 246/2016, de 13 de abril de 2016

STS 655/2016, de 4 de noviembre de 2016

STS 227/2019, de 11 de abril de 2019

STS 381/2019, de 2 de julio de 2019

STS 647/2019, de 20 de noviembre de 2019

STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020

STS, Sala de lo Contencioso (Sección 4º), 336/2017, de 29 de enero de 2017

Sentencias de las Audiencias Provinciales

SAP A Coruña, de 9 de julio de 2009 (EDJ 152586)

SAP Asturias, Sección 1ª, de 11 de marzo de 2013

SAP Baleares, Sección 5ª, de 14 de enero de 2013 (EDJ 5789)

SAP Barcelona, de 22 de diciembre de 2011 (EDJ 355496)

SAP Barcelona, Sección 15ª, de 24 de mayo de 2012 (EDJ 153597)

SAP Barcelona, Sección 15ª, núm. 234/2014, de 2 de julio (JUR 2014\238908)

SAP Barcelona, Sección 15ª, de 15 de mayo de 2015

SAP Cádiz, de 26 de abril de 2010

SAP Cuenca, 20 de octubre de 2009 (EDJ 267179)

SAP León de 25 de junio de 2007 (JUR 2007, 337218)
SAP Madrid, Sección 28ª, de 24 de septiembre de 2007,
SAP Madrid, Sección 28ª, de 5 de febrero de 2008
SAP Madrid, Sección 28ª, de 17 de julio de 2008
SAP Madrid, Sección 28ª, de 30 de enero de 2009
SAP Madrid, Sección 28ª, de 6 de marzo de 2009
SAP Madrid, Sección 28ª, de 8 de mayo de 2009
SAP Madrid, Sección 28ª, de 7 de mayo de 2012 (EDJ 168741)
SAP Madrid, de 14 de junio de 2013 (EDJ 146809)
SAP Oviedo, Sección 1ª, de 20 de diciembre de 2006
SAP Oviedo, de 11 de marzo de 2013 (ROJ 896/2013)
SAP Palmas de Gran Canaria, de 11 de marzo de 2009
SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 9 de noviembre de 2014
SAP Pontevedra 446/2019, de 24 de julio
SAP Valencia, Sección 9ª, de 11 de julio de 2011
SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 9 de octubre de 2012
SAP Zaragoza, Sección 5ª, n.º 621/2012, de 3 de diciembre
SAP Zaragoza, Sección 5ª, de 11 de diciembre de 2012
SAP Zaragoza, de 29 de mayo de 2013 (EDJ 109813)

Sentencias de los Juzgados Mercantiles

SJM A Coruña, de 24 de julio de 2013 (EDJ 256806)
SJM Alicante n.º 1, de 23 de abril de 2008
SJM Alicante n.º 1, de 3 de septiembre de 2012 (EDJ 199858)

SJM Barcelona n.º 3, de 19 de diciembre de 2006 (EDJ 501556)
SJM n.º 7 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2011 (EDJ 393385)
SJM n.º 3 de Lugo, de 29 de septiembre de 2006
SJM n.º 1 de Madrid, de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 976)
SJM Madrid n.º 7, de 12 de noviembre de 2007 (EDJ 265859)
SJM Madrid n.º 5, de 10 de enero de 2012 (EDJ 10943)
SJM Madrid n.º 8, de 17 de junio de 2014 (EDJ 96369)
SJM n.º 1 Mallorca, de 5 de diciembre de 2007
SJM n.º 1 de Oviedo, de 27 de Mayo de 2005 (AC 2005, 1020)
SJM n.º 2 de Valencia, núm. 388/2014, de 27 de noviembre
SJM n.º 3 de Vigo, de 21 de febrero de 2013
SJM n.º 1 de Zaragoza, núm. 256/2016, de 26 de octubre

Autos del Tribunal Supremo

ATS de 14 de mayo de 2012 (EDJ 103344)
ATS de 10 de julio de 2012 (EDJ 154640)

Autos de las Audiencias Provinciales

AAP Barcelona, Sección 15º, núm. 391/2007, de 29 de noviembre
AAP Barcelona, Sección 15ª, núm. 208/2009, de 16 de diciembre
AAP Lleida, de 9 de enero de 2007 (JUR 2007, 206289)
AAP Madrid, Sección 28ª, de 12 de marzo de 2010 (EDJ 107940)
AAP Madrid, Sección 28ª, núm. 60/2012, de 20 de abril
AAP Madrid, Sección 28ª, de 14 de junio de 2013 (EDJ 146809)

AAP Tarragona, Sección 1ª, de 10 de mayo de 2012 (EDJ 130368)

AAP Vizcaya, Sección 4ª, núm. 311/2006, de 5 de mayo (AC 2007/352)

AAP Zaragoza, Sección 5ª, de 15 de julio de 2008 (JUR 2008, 362628)

Autos de los Juzgados Mercantiles

AJM n.º 10 de Barcelona, de 10 de marzo de 2014

AJM Barcelona n.º 5, de 7 de julio de 2016

AJM Bilbao n.º 1, de 4 de mayo de 2007 (JUR 2007, 368560)

AJM Castellón, de 11 de septiembre de 2009 (EDJ 405035)

AJM n.º 14 de Granada, de 23 de enero de 2006 (JUR 2006, 82879)

AJM Las Palmas n.º 1, de 15 de octubre de 2010

AJM Madrid n.º 7, de 6 de julio de 2016

AJM n.º 1 de Madrid, de 16 de noviembre de 2005 (EDJ 222036)

AJM n.º 1 de Madrid, de 16 de marzo de 2006 (AC 2006, 504)

AJM n.º 8 de Madrid, de 28 de septiembre de 2011

AJM Oviedo n.º 1, de 1 de diciembre de 2005 (JUR 2007, 368582)

Autos de los Juzgados de Primera Instancia

AJPI n.º 1 de Palencia, de 17 de febrero de 2012



Universidad de Oviedo

CURRICULUM VITAE

ACADÉMICO Y PROFESIONAL

DEL DOCTORANDO

RAFAEL ABRIL MANSO

El remitente de este currículum declara que son ciertos los datos que figuran en este currículum, asumiendo en caso contrario las responsabilidades que pudieran derivarse de las inexactitudes que consten en el mismo.

Fdo. Rafael Abril Manso

ESTUDIOS

a) LICENCIATURAS Y/O GRADOS UNIVERSITARIOS

LICENCIADO EN DERECHO, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (Cursos 1985/86 a 1992/93).

GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS TECNOLÓGICAS, por la Facultad de Comercio y Economía Digital de la Universidad Internacional La Salle-Ramón Llull (Cursos 2017/18 a 2020/21).

b) ESTUDIOS DE DOCTORADO

DIPLOMA DE ESTUDIOS AVANZADOS Y DE SUFICIENCIA INVESTIGADORA por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, con la calificación final de **Sobresaliente** en el Programa de Doctorado titulado **Fundamentos de Derecho de la Unión Europea y Problemas actuales en el ámbito del Derecho Público**, Subprograma **Fundamentos de Derecho de la Unión Europea**.

Las Cursos impartidos y las calificaciones obtenidas son las siguientes:

La Función Pública de la Unión Europea (40 horas lectivas): **NOTABLE**.

El sistema jurisdiccional de la Unión Europea (40 horas lectivas): **SOBRESALIENTE**.

El sistema de fuentes de la Unión Europea (40 horas lectivas): **SOBRESALIENTE**.

La formación de la Unión Europea (40 horas lectivas): **SOBRESALIENTE**.

Las instituciones de la Unión Europea (40 horas lectivas): **SOBRESALIENTE**.

c) CURSOS DE ESPECIALIZACIÓN JURÍDICA

ESPECIALISTA EN ECONOMÍA Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, por la Universidad Politécnica de Madrid. **1.996. 360 horas lectivas.**

Los Cursos impartidos y aprobados son los siguientes:

Derecho Comunitario Europeo I y II (80 horas lectivas).

Estructura y Políticas Económicas de la Unión Europea I y II (80 horas lectivas).

Libertades de Circulación y Mercado Interior y Exterior de la Unión Europea (40 horas lectivas).

Cooperación Política, Social y Europea y Relaciones Exteriores de la Unión Europea (40 horas lectivas).

Política Industrial, Energética y de Investigación de la Unión Europea (40 horas lectivas).

Política Agraria, Pesquera y Forestal de la Unión Europea (40 horas lectivas).

Política Regional, de Transportes y Medio Ambiente de la Unión Europea (40 horas lectivas).

d) OTROS CURSOS

III Jornadas de Derecho Procesal. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Santander. Junio 2012. 10 horas lectivas.

Sesión presencial de la Wikipedia de Derecho Comunitario. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Octubre 2012. 12 horas lectivas.

Curso “LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE”. École Nationale de la Magistrature. París. Noviembre 2012. 20 horas lectivas. Estancia de 4 días lectivos.

IV Jornadas de Derecho Procesal. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Santander. Mayo 2013. 10 horas lectivas.

Curso “LA LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ ORGANISÉE”. École Nationale de la Magistrature. París. Junio y Octubre de 2013. 40 horas lectivas. Estancias de 6 días lectivos.

Curso “EL JUEZ EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Marzo-Octubre 2013. 75 horas lectivas.

Curso “CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS CORPORALES. ESPECIAL REFERENCIA AL BAREMO Y FACTORES DE CORRECCIÓN PARA FIJAR LAS INDEMNIZACIONES EN DAÑOS DE LA CIRCULACIÓN VIARIA. INCIDENCIA DE LA EJECUCIÓN DEL AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA EN SEDE CIVIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Septiembre 2013. 14 horas lectivas.

Intercambio Judicial en Francia, en el Tribunal de Grande Instance de Charleville-Mézières. Red Europea de Formación Judicial. Del 3 al 14 de Noviembre 2014. Estancia de 10 días lectivos.

Curso “ENCUENTRO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO CON INTEGRANTES DE LA CARRERA JUDICIAL CON DESTINO EN ÓRGANOS DE 1ª INSTANCIA: DERECHO PRIVADO DE LA UE. EFICACIA DE LAS SENTENCIAS”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Junio 2015. 16 horas lectivas.

Curso “EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. PRINCIPIOS Y ENCAJE CONSTITUCIONAL: ESPECIAL REFERENCIA A LA CONCURRENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS, TC, TEDH, TJUE”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Marzo 2017. 14 horas lectivas.

Curso “INTRODUCCIÓN AL DERECHO MERCANTIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Febrero-Abril 2017. 50 horas lectivas.

Curso “LA IMPORTANCIA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Mayo 2017.

Curso “OPERACIONES FRAUDULENTAS COMETIDAS A TRAVÉS DE SOCIEDADES”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Mayo-Diciembre 2017. 60 horas lectivas.

Curso “IV ENCUENTRO ENTRE MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL, SERVICIO JURÍDICO DE LA AEAT, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Febrero 2018. 10 horas lectivas.

Curso “ENCUENTRO DE LA JURISDICCIÓN MERCANTIL Y PENAL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Junio 2018. 16 horas lectivas.

Curso “CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Mayo-Julio 2018. 50 horas lectivas.

Curso “ENCUENTRO DE MAGISTRADOS/AS DESTINADOS/AS EN JUZGADOS DE LO MERCANTIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Octubre 2018. 14 horas lectivas.

“SEMINARIO LINGÜÍSTICO SOBRE DERECHO DE LA COMPETENCIA”. Red Europea de Formación Judicial. Viena, Austria. Octubre 2018. 14 horas lectivas.

“SEMINARIO LINGÜÍSTICO SOBRE DERECHO DE FAMILIA”. Red Europea de Formación Judicial. Sofía, Bulgaria. Noviembre 2018. 14 horas lectivas.

Curso “V ENCUENTRO ENTRE MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL, SERVICIO JURÍDICO DE LA AEAT, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Febrero 2019. 10 horas lectivas.

“MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Octubre 2019. 14 horas lectivas.

Curso “ENCUENTRO DE MAGISTRADOS/AS DESTINADOS/AS EN JUZGADOS DE LO MERCANTIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Noviembre 2019. 14 horas lectivas.

Seminario “Procédures d'insolvabilité transnationales dans l'Union Européenne”, «Coopération judiciaire interprofessionnelle pour une application effective du règlement UE n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité transnationales». École Nationale de la Magistrature. París. Febrero 2020. 10 horas lectivas. Estancia de 2 días lectivos.

Curso de “ECONOMÍA Y CONTABILIDAD”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Marzo-Septiembre 2020. 60 horas lectivas.

Curso de Especialización en “FORMACIÓN CONTINUA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. MÓDULO GENERAL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Mayo-Junio 2020.

Curso de Especialización en “FORMACIÓN CONTINUA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. BLOQUE CIVIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Mayo-Julio 2020.

Curso de Especialización en “FORMACIÓN CONTINUA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. MÓDULO MERCANTIL”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Septiembre-Noviembre 2020.

Curso “LOS PROBLEMAS DEL TRANSPORTE AÉREO”. Servicio de Formación Continua del CGPJ. Madrid. Noviembre 2020. 3 horas lectivas.

Curso “FRANCÉS JURÍDICO”. Servicio de Formación Continua del CGPJ/UNED. Madrid. Mayo-Julio 2021. 50 horas lectivas.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

e) AÑOS DE EJERCICIO EFECTIVO DE FUNCIONES JUDICIALES SIN PERTENECER A LA CARRERA JUDICIAL

JUEZ SUSTITUTO durante los años judiciales 1994/1995 a 2003/2004, ambos inclusive.

f) EJERCICIO EFECTIVO DE LA ABOGACÍA

ABOGADO en ejercicio desde el 17 de junio de 2004 hasta el 31 de agosto de 2011. Colegiado 3.322 del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo.

g) AÑOS DE EJERCICIO EFECTIVO DE FUNCIONES JUDICIALES PERTENECIENDO A LA CARRERA JUDICIAL

MAGISTRADO desde el 23 de Diciembre de 2011, titular del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Oviedo, con sede en Gijón, desde Julio de 2016.

h) CARGOS DIRECTIVOS O GUBERNATIVOS

DIRECTOR GENERAL DE JUSTICIA E INTERIOR DEL GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (2015-2016).

PUBLICACIONES

i) PUBLICACIONES CIENTÍFICO-JURÍDICAS

• Libros.

1. MANUAL DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS PELIGROSAS.
2. EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS PELIGROSAS POR CARRETERA.
3. RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA.
4. VISIÓN CONCURSAL.
5. EL ESTATUTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

• Artículos.

1. TRATADOS, DEPORTE PROFESIONAL Y JUSTICIA COMUNITARIA.
2. LA EUTANASIA.
3. EL COMITÉ DE LAS REGIONES: SU REFORMA.
4. COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA TRAS NIZA.

PONENCIAS, COMUNICACIONES Y ACTIVIDAD DOCENTE

j) PONENCIAS Y COMUNICACIONES EN CONGRESOS Y CURSOS DE RELEVANTE INTERÉS JURÍDICO

• Ponencias.

- 1. ADR, RID, IMO-IMDG 2003. Aspectos comunes y principales diferencias.**

Esta Ponencia tuvo lugar en el Salón de Actos del Instituto de Desarrollo Económico del Principado de Asturias, desarrollándose el día 17 de junio de 2003, organizada por AIQPA, la Asociación de Industrias Químicas y de Procesos de Asturias.

- 2. LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL MECENAZGO A LAS ENTIDADES DEPORTIVAS.**

Esta Ponencia tuvo lugar en el Salón de Actos de la Feria Internacional de Muestras de Asturias, en Gijón, desarrollándose el día 23 de julio de 2003.

- 3. ADR 2003.**

Esta Ponencia tuvo lugar en el Aula de formación de la Escuela de Seguridad Pública del Principado de Asturias, desarrollándose el día 21 de noviembre de 2003.

4. LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA REFORMA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES: LEY 29/2003, DE 8 DE OCTUBRE: ALCANCE DE LA MISMA Y MODIFICACIONES GENERALES.

Esta Ponencia tuvo lugar en el Salón A-B de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Oviedo, desarrollándose los días 22 y 29 de noviembre de 2003.

5. LEGISLACIÓN PENAL VINCULADA AL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS PELIGROSAS.

Esta Ponencia tuvo lugar en la sede de la Escuela Regional de Policías Locales, dentro del Curso sobre transporte de mercancías peligrosas, desarrollándose el día 22 de abril de 2004.

6. DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO DE LOS TRANSPORTES.

Esta Ponencia tuvo lugar en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, dentro del Máster en Derecho del Consumo, habiendo impartido un total de 10 horas de clases del referido módulo.

7. LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD Y MEDIACIÓN MERCANTIL.

Jornada de formación que tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón, en fecha 15 de Junio de 2017, habiendo actuado como coordinador de dicha Jornada, con una duración de 7 horas lectivas.

8. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD. ARTÍCULO 241 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA DEL DAÑO DIRECTO Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Jornada de formación que tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, en fecha 11 de Enero de 2018, enmarcada en las IV Jornadas de Derecho Mercantil, Derecho de Sociedades, Competencia Desleal y Propiedad Intelectual.

9. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS ACREEDORES.

Jornada de formación que tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, en fecha 8 de Febrero de 2018, enmarcada en el V Curso de Especialista en Derecho Concursal.

10. REFLEXIONES, CUESTIONES POLÉMICAS Y CRITERIOS JUDICIALES SOBRE LA FASE DE CALIFICACIÓN.

Jornada de formación que tuvo lugar en la sede el Ilustre Colegio de Economistas del Principado de Asturias, en fecha 14 de Mayo de 2019, enmarcada en el VII FORO ARANZADI de Derecho Concursal y Societario.

11. NOVEDADES LEGISLATIVAS, RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES SOCIALES, SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL Y SOCIEDADES MERCANTILES CON OBJETO PROFESIONAL

Jornada de formación de 4 horas de duración que tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio Oficial de Titulados Mercantiles y Empresariales del Principado de Asturias, en fecha 13 de Junio de 2019.

12. EL ESTATUTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

Jornada de formación de 3 horas de duración que tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio de Economistas de A Coruña, en fecha 13 de Noviembre de 2019.

13. DOCTRINA RELEVANTE DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE GIJÓN EN 2019.

Jornada de formación que tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio de Economistas del Principado de Asturias, en fecha 4 de Diciembre de 2019, enmarcada en el VIII FORO ARANZADI de Derecho Concursal y Societario.

14. DOCTRINA RELEVANTE DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE GIJÓN EN MATERIA CONCURSAL.

Jornada de formación que tuvo lugar en la sede del Ilustre Colegio de Economistas del Principado de Asturias, en fecha 12 de Febrero de 2020, enmarcada en el VIII FORO ARANZADI de Derecho Concursal y Societario.

15. CUESTIONES PROCESALES EN EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES Y RESCISORIAS.

Jornada de formación que tuvo lugar en el Congreso Nacional de Derecho Societario, en fecha 5 de Marzo de 2020.

16. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO EN EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

Jornada de formación de 2 horas de duración que tuvo lugar mediante webinar en Mayo de 2020. Ilustre Colegio de Economistas de A Coruña.

17. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO, SUS EFECTOS Y EL ESTATUTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

Jornada de formación de 2 horas de duración que tuvo lugar mediante webinar en Junio de 2020. Ilustres Colegios de Abogados de Oviedo y Cantabria e Ilustres Colegios de Economistas de Asturias y Cantabria.

18. CONVENIO, DERECHO PRECONCURSAL Y BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

Jornada de formación de 2 horas de duración que tuvo lugar mediante webinar en Junio de 2020. Ilustres Colegios de Abogados de Oviedo y Cantabria e Ilustres Colegios de Economistas de Asturias y Cantabria.

19. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO, EN ESPECIAL, EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO RESTANTE EN EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

Jornada de formación que tuvo lugar mediante webinar en Julio de 2020. Editorial Tirant Lo Blanch.

20. CURSO SOBRE EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

Diversas intervenciones en el Curso presencial/on line que tuvo lugar entre Junio y Julio de 2020. Ilustre Colegio de Abogados de Gijón.

21. LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL. MODIFICACIONES LEGALES EN LAS SITUACIONES DE CRISIS COMO CONSECUENCIA DEL COVID-19.

Jornada de formación que tuvo lugar mediante webinar en Septiembre de 2020. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Gijón.

22. DOCTRINA RELEVANTE DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE GIJÓN EN 2020.

Jornada de formación que tuvo lugar mediante webinar en Noviembre de 2020, enmarcada en el IX FORO ARANZADI de Derecho Concursal y Societario.

23. CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL MECANISMO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD.

Jornada de formación que tuvo lugar mediante webinar en Febrero de 2021. Ilustre Colegio de Abogados de Gijón.

24. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS.

Jornada de formación que tuvo lugar mediante webinar en Abril de 2021, enmarcada en el IX FORO ARANZADI de Derecho Concursal y Societario.

25. LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

Jornada de formación que tuvo lugar en Madrid, en Junio de 2021, enmarcada en el I CONGRESO MERCANTIL DE MADRID.

• Actividad docente.

- 1. FORMACIÓN DE TRANSPORTISTAS, CONSEJEROS DE SEGURIDAD PARA EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS PELIGROSAS Y AGENTES DE TRÁFICO (1995-2004).**
- 2. FORMACIÓN DE ABOGADOS (2008/2009).**
- 3. FORMACIÓN DE POLICÍAS (2010/2011).**
- 4. PROFESOR ASOCIADO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA, ÁREA DE DERECHO MERCANTIL, DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO (2017 hasta la actualidad).**

k) OTROS ASPECTOS DE INTERÉS

Doctorando por la Universidad de Oviedo, pendiente del depósito y lectura de tesis doctoral en el Programa de Derecho *“Los nuevos retos del Derecho en una sociedad en transformación”*.

Conferenciante habitual en Congresos, Cursos y Seminarios de Derecho Mercantil.