

EL CONVENIO DEL CONCURSO: CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO

✍ ALBERTO NÚÑEZ-LAGOS

Abogado *

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del Derecho concursal español realizada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, la «Ley» o «LC») se inspira en el principio básico general de *unidad* (con sus tres manifestaciones esenciales: *unidad de disciplina*, *unidad de procedimiento* y *unidad de sistema*) con el que se pretende abordar la dispersión normativa y la pluralidad de instituciones y procedimientos existentes en nuestro aún vigente Derecho concursal.

Como consecuencia de la adopción de este principio, la Ley estructura el *concurso* como un nuevo instituto y procedimiento de naturaleza flexible, aplicable con carácter general a toda clase de deudores y que permite su adaptación a las circunstancias concurrentes en cada caso. De esta forma, el nuevo procedimiento concursal prevé que tras una fase común de declaración del concurso y de verificación de los créditos que concluye con el trámite de impugnaciones al inventario o a la lista de acreedores, el concurso pueda desembocar según la situación de solvencia del deudor y la viabilidad de su negocio, bien en una solución de índole conservativa (el convenio) o directamente en su liquidación.

Al configurar la nueva institución concursal el legislador ha partido de la premisa de que el convenio debería de ser la forma prioritaria de resolución del procedimiento, pero no necesariamente en todos

los casos sino únicamente en aquellos en los que la solución conservativa se presente como la mejor forma mejor a través de la cual los acreedores vayan a ver satisfechos sus créditos en comparación con la liquidación del patrimonio del deudor.

En efecto, al referirse al convenio en la Exposición de Motivos de la Ley se manifiesta que «es la solución *normal* del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas, *orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores (...)*» (apartado VI). Es decir, si bien el legislador reconoce que en la nueva regulación se han introducido medidas que pueden suponer un incentivo a la terminación del procedimiento mediante convenio, el propio legislador advierte que el objeto de las mismas no es evitar la liquidación del deudor sino que los acreedores vayan a ver satisfechos sus créditos a través del convenio.

Esta interpretación resulta confirmada cuando se observa lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley al exigir como requisito para el saneamiento de empresas mediante convenio el que éstas sean al menos viables parcialmente («Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser *instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables*, en beneficio *no sólo* de los acreedores (...)» —Exposición de Motivos, apartado VI—). Siguiendo las razones expuestas, si el negocio desarrollado

* Del Departamento de Derecho Mercantil de Uría & Menéndez.

por el deudor declarado en concurso no es viable, no tiene razón de ser aprobar una solución conservativa. En cambio si el negocio es viable la aprobación de un convenio convendrá «no sólo» a los acreedores (respecto de los que la satisfacción de sus créditos parece prioritaria, según lo expuesto), sino también al deudor y a otros terceros interesados (socios, trabajadores, etc.).

Como veremos posteriormente al exponer la nueva regulación concursal, la naturaleza, contenido y la estructura procedimental del convenio previstos en la Ley es consistente con la referida concepción manifestada en su Exposición de Motivos de que el concurso se configure como un procedimiento destinado a satisfacer los créditos de los acreedores y no a mantener a toda costa unidades productivas ineficientes.

A este respecto, la nueva Ley trata de corregir las situaciones abusivas en materia de convenio puestas de manifiesto en la práctica concursal bajo la anterior regulación, que tenía como efecto perverso la generalización del convenio como terminación del procedimiento concursal, aunque la empresa fuese manifiestamente inviable y el contenido del convenio resultase contrario a los intereses de los acreedores (quitas escandalosas forzadas, convenios que enmascaraban liquidaciones mediante cesiones globales a los acreedores de los bienes y derechos del deudor, etc.).

La nueva Ley trata de corregir tal práctica con cuatro medidas concretas a las que me voy a referir en los apartados siguientes: (i) la privación del derecho de voto a los acreedores vinculados al deudor; (ii) la inclusión de ciertas limitaciones al contenido del convenio; (iii) el establecimiento de un mayor control del procedimiento y el contenido del convenio por el Juzgador, la administración judicial y los propios acreedores; y (iv) la atribución en favor de éstos últimos de ciertas medidas e instrumentos que fomentarán seguramente su mayor protagonismo e implicación en el procedimiento concursal.

2. NATURALEZA DEL CONVENIO DEL CONCURSO

La discusión clásica en la doctrina concursal en torno a la naturaleza del convenio siempre ha versado sobre si se trata de un contrato o acuerdo entre los acreedores y el deudor, o si más bien, al deber ser el convenio homologado o aprobado por el juez, se trata en realidad de un acto procesal.

En el convenio de la nueva Ley Concursal coexisten los dos aspectos (negocial y procesal) que con base en la anterior regulación llevaron a discutir sobre la auténtica naturaleza del convenio, aunque si bien debe advertirse que el elemento negocial del mismo ha quedado atenuado en cierta forma, como expondremos seguidamente.

2.1. El aspecto negocial del convenio

Tradicionalmente se defendía el carácter contractual del convenio sobre el razonamiento de que con independencia de quién hubiera sido la parte que lo hubiera propuesto (el deudor o, según los casos, los acreedores), al ser aprobado por éstos últimos y aceptado por aquél, en realidad el convenio no era en esencia sino un contrato entre el deudor y sus acreedores.

En la nueva Ley no resulta tan clara la necesaria existencia del elemento contractual básico de la concurrencia de los consentimientos del deudor y de los acreedores para que el convenio pueda existir y vincular a las partes.

En efecto, si bien resulta evidente que tal elemento concurre cuando el convenio finalmente aprobado es el propuesto por el deudor, ya que éste tiene que obtener la aceptación de la mayoría de los acreedores que establece la LC, no lo resulta tanto cuando el convenio aprobado ha sido el propuesto por los acreedores o una parte de éstos.

A este respecto, el artículo 128.3 LC al regular la oposición al convenio aprobado dispone que «(...) el concursado que no hubiere formulado la propuesta de convenio aceptada por la junta ni le hubiere prestado conformidad podrá oponerse a la aprobación del convenio por cualquiera de las causas previstas en el apartado 1 o solicitar la fase de liquidación. *En otro caso quedará sujeto al convenio que resulte aprobado.*».

En este peculiar supuesto cabría discutir si se puede seguir hablando de la existencia del elemento contractual básico, a saber la concurrencia de consentimientos del deudor y los acreedores sobre el convenio, ya que el deudor no ha otorgado su consentimiento a tal propuesta, por lo que podría deducirse que en ese supuesto hay en realidad una imposición del convenio al deudor, puesto que queda vinculado a él salvo que solicite la apertura de la fase

de liquidación. Sólo si entendemos la renuncia a la petición de liquidación como acto de consentimiento tácito e indirecto al convenio, podríamos continuar hablando de que en este supuesto el convenio contiene los requisitos del contrato, lo que no deja de ser forzado porque el deudor no puede rechazar propiamente el convenio sino que únicamente puede impedirlo solicitando la liquidación.

De lo anterior cabe defender que el convenio en la nueva Ley es desde luego un acuerdo entre los acreedores y no necesariamente un acuerdo entre los acreedores y el deudor dado que aquellos pueden imponer el acuerdo al deudor. A este respecto, el hecho de que el deudor pueda tener una importante participación en el proceso (incluso proponiendo un convenio —artículos 104.1 y 110.1 LC—) en nada contradice lo anteriormente expuesto ya que la decisión final es de los acreedores.

2.2. El aspecto procesal del convenio. El control de legalidad por el juez

El aspecto procesal del convenio viene establecido por la necesidad de aprobación del convenio por el juez del concurso (artículos 130 y 131 LC para el convenio ordinario y artículo 109 LC para el convenio anticipado), cuya resolución adoptará la forma de sentencia.

El control de legalidad del convenio que realiza el juez se articula en dos fases. En la primera el juez verifica la forma y contenido de la propuesta en el momento de su presentación por el deudor o los acreedores (artículo 106.3 LC para el convenio anticipado y artículo 114 LC para el convenio ordinario).

El segundo control de legalidad se produce no ya sobre la propuesta del convenio, sino sobre aquel convenio que sea aprobado por los acreedores. Y así, el convenio ordinario según el artículo 130 de la Ley es aprobado judicialmente o, si no cumple la Ley, debe ser rechazado de oficio por el juez (artículo 131 LC).

La anticipación del control de legalidad por el juez al momento de la presentación de la propuesta supone evidentes ventajas en materia de ahorro de costes y de tiempo ya que supone realizar un filtro previo que evite la tramitación de propuestas cuyo contenido sea ilegal, y con ello consumir inútilmente esfuerzos de los acreedores, la administración judicial y el propio juez.

Con relación al segundo control de legalidad considero que debe interpretarse de forma restrictiva la posibilidad de que el juez pueda volver a valorar de oficio el contenido del convenio (*ex* artículo 131.1 LC) después de la aprobación por la junta, puesto que ya debió haber realizado dicha valoración en el momento en el que revisó la propuesta de convenio para su admisión a trámite.

Sobre este punto es necesario destacar que las propuestas de convenio que se admitan a trámite por el juez no pueden ser posteriormente revocadas o modificadas, ni siquiera en el trámite de la junta (artículo 114.2 LC), por lo que la propuesta de convenio que finalmente alcance la mayoría de adhesiones suficiente tendrá exactamente el mismo contenido que cuando la verificó el juez para admitirla a trámite (artículos 106.3 y 114.1 LC). Teniendo en cuenta esto, el segundo control de legalidad sobre el contenido del convenio a que se refiere el artículo 131.1 LC no podrá ser en ningún caso contradictorio con el primer control que el juez realizó al admitir la propuesta de convenio y, en realidad, vendrá limitado a la comprobación por el juez de la forma y contenido de las adhesiones y el cumplimiento de las normas sobre constitución y celebración de la junta.

Sin embargo, considero que sí cabría que el juez revisara nuevamente el contenido del convenio en esta segunda fase cuando como consecuencia del descubrimiento de hechos nuevos el contenido del convenio pueda apreciarse contrario a la Ley. En este supuesto, el juez puede rechazar de oficio el convenio, aún cuando al admitir inicialmente la propuesta ya aprobara su contenido puesto que en aquel momento carecía de todos los elementos de juicio para identificar la ilegalidad del convenio propuesto.

3. CONTENIDO DEL CONVENIO. LÍMITES AL PRINCIPIO AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La nueva Ley configura como principio esencial del convenio el principio de autonomía de voluntad para la determinación de su contenido. En este sentido en la Exposición de Motivos de la Ley se establece que «el convenio es 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*» (apartado VI).

No obstante, al objeto de evitar ciertos abusos que en el pasado han ocurrido al amparo de la libertad de pacto, la Ley ha impuesto determinados límites a la autonomía de la voluntad que expondremos en los apartados siguientes.

A ese respecto, en primer lugar considero que la imposición de dichos límites es criticable por cuanto que los acreedores deben tener libertad para configurar el convenio en la forma que mejor les convenga para sus intereses, y para ello los propios acreedores son los que están en una mejor posición para saber escoger la mejor forma para tal fin.

Además, la imposición de unos límites aplicables de forma general a todos los supuestos de convenio impide que se puedan acordar convenios ajustados a la problemática de cada caso. La práctica demuestra repetidamente que el mejor convenio posible será aquel que mejor se adapte a la situación concursal concreta (por ejemplo, según el tipo de deudor, su situación, la situación de la economía, un mercado concreto, los límites o condicionamientos económicos y jurídicos para enajenar cierto tipo de activos, etc.).

Asimismo coincido con el Profesor Rojo¹ en que la posibilidad de cometer abusos al amparo de la autonomía de la voluntad ya se ha eliminado con la reforma de ciertos aspectos, por lo que no hubiera sido necesario restringir adicionalmente la libertad de pacto en el convenio para evitar dichos abusos. En este sentido, hay que destacar que con la nueva Ley aquellos acreedores vinculados al deudor no podrán votar en favor del convenio y, por tanto, condicionar su contenido, por lo que no parece en

consecuencia necesaria la imposición adicional de límites al contenido del convenio que conforme a la Ley será el que finalmente adopten los acreedores no vinculados al deudor.

3.1. La necesidad de pactar una quita o espera

El artículo 100 de la Ley determina el alcance y los límites del contenido que la propuesta de convenio que se someta a aprobación debe tener. Dentro de dicho artículo en su apartado primero se dispone que «la propuesta de convenio *deberá* contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio» (artículo 100.1 LC párrafo primero).

Asimismo, en el apartado segundo del referido artículo 100 se admite la posibilidad de incluir en el convenio proposiciones alternativas, que según parece deducirse de la redacción del artículo deberían tener carácter adicional a la quita o espera («la propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos» —artículo 100.2 LC párrafo segundo—).

A la luz de la redacción de los citados apartados 1 y 2 del artículo 100 LC, se plantea la cuestión de si necesariamente todo convenio debe de incluir un pacto de quita o de espera.

¹ La opción de la Ley de limitar la autonomía de la voluntad es una cuestión decisiva. Una crítica a estos límites podemos verla en A. Rojo, «La reforma del Derecho Concursal Español», *La reforma de la Legislación Concursal*, Madrid, 2003, pág. 129.

Legislaciones concursales que han sufrido una gran transformación reciente como puede ser la alemana, que en su regulación anterior obstaculizaba la reestructuración de empresas han optado por respetar la autonomía de la voluntad de forma radical, sin perjuicio de la supervisión de los tribunales y la administración del concurso. En este sentido el Dr. Karl Heinz Main cuando describe los puntos más importantes del Insolvenzplan indica que éste puede prever y regular prácticamente cualquier cosa («Der Insolvenzplan», *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis Herne/Berlin, 1997, pág. 708).

Resulta curioso observar cómo dos reformas concursales del mismo tiempo en dos economías en el mismo ámbito geográfico con semejantes problemas hayan tenido un planteamiento tan distinto sobre una cuestión tan esencial. El proceso va dirigido a que los acreedores vean satisfechos sus créditos y son éstos los que deben decidir, por ejemplo, sobre qué quita o espera es aceptable. El único cometido del Estado-legislador a este respecto, debería de ser el de promocionar un sistema en el que los acreedores puedan ejercitar su libertad de forma auténtica (así, por ejemplo, evitar las asimetrías de información, los costes desincentivadores de la participación de los acreedores en el proceso, la formación de mayorías con acreedores cercanos al deudor), pero no limitar la libertad de pacto del contenido que mejor convenga a sus intereses.

En mi opinión existen argumentos para sostener que el imperativo que usa el referido artículo 100.1 LC y la redacción del artículo 100.2 LC no impiden que el convenio contenga exclusivamente otras soluciones diferentes de la quita y espera, que cumplan no obstante con los límites previstos legalmente (por ejemplo, la conversión de todo el pasivo en capital o el pago inmediato del 50% del pasivo sin quita y la conversión del resto del pasivo en capital).

A este respecto, resulta conveniente atender a lo manifestado por la Ley en su Exposición de Motivos sobre este punto al indicar que «también es flexible la ley en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, que *podrá consistir* en proposiciones de quita o espera» (apartado VI). No utiliza la Exposición de motivos el imperativo del artículo 100.1 LC y a la vez presume de flexibilidad. Parece entonces que lo que a la Ley le preocupa no es tanto si el convenio tiene quita o espera sino que éstas se mantengan dentro de los límites previstos en el artículo 100.1 LC.

Por todo ello parece que la primera frase del artículo 100.1 LC y el texto equivalente del apartado VI de la Exposición de Motivos tienen una función más bien introductoria al indicar que caben quitas y esperas y que éstas, de incluirse, deben respetar los límites previstos en el citado artículo.

Además, no tendría sentido que la Ley impusiera que los convenios tengan necesariamente una quita o espera y acto seguido permitiera en el apartado segundo del artículo 100 LC propuestas alternativas sin límites. Si estas propuestas alternativas se permiten, deben serlo tanto en combinación con quitas o esperas como en solitario. Otro aspecto distinto es que si dichas alternativas tienen unos efectos similares a la quita o a la espera, deberán cumplir en todo caso con los límites previstos en el artículo 100.1 LC.

3.2. Límites al tiempo de la espera y cuantía de la quita. Régimen general y excepciones

Como he adelantado en el apartado 3.1 anterior, el artículo 100.1 LC establece que la quita del convenio no podrá exceder de la mitad de los créditos ordina-

rios («de cada uno de ellos» dice la Ley) y la espera respecto de estos créditos no podrá superar el plazo de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Para el caso de los acreedores subordinados el plazo de espera se computará a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios (artículo 134.1 LC).

La Ley establece dos excepciones a los límites de quita y espera referidos anteriormente:

- (i) La primera excepción contenida en el mismo artículo 100.1 LC en su segundo párrafo se refiere a *empresas cuya actividad tiene especial trascendencia para la economía*, cuyos convenios podrán superar los límites referidos, siempre y cuando se acompañe un informe emitido al efecto por la «Administración económica competente», el plan de viabilidad contemple la necesidad de superar estos límites para posibilitar la viabilidad de la empresa y así lo disponga el juez del concurso a solicitud de parte².

De la lectura del precepto surge inmediatamente la duda respecto de quién es la «Administración económica competente»: ¿la Consejería de Economía de la Comunidad Autónoma en la que radique la empresa o el Ministerio de Economía y Hacienda? A la discusión sobre la competencia territorial, sobre todo en el supuesto de que el deudor tenga establecimientos en más de una Comunidad Autónoma, se puede añadir la posible inclusión de otros organismos con competencia sectorial en un determinado sector económico (telecomunicaciones, banca, minería, etc.)³.

Dado que artículo 100.1 párrafo segundo de la Ley establece que la decisión corresponde al juez del concurso que además deberá motivarla, éste será el que decida sobre qué informe es más adecuado al caso. Es uno de los varios supuestos de la Ley en los que al juez se le obliga a tomar una decisión económica o en función de parámetros económicos y no con base en normas. Este grado de discrecionalidad que tiene el juez supondrá que su decisión sea difícilmente recurrible, dada

² Una crítica a la existencia de esta excepción la podemos ver en Rojo, cit., pág. 128.

³ Como expone J. Pulgar Ezquerro, la historia parlamentaria de este precepto demuestra que fue intención del legislador permitir su aplicación también en el supuesto del concurso de ámbito local («Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en R. García Villaverde, A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal, Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2003, pág. 447 y 448).

la dificultad de controlar en la segunda instancia una decisión judicial tomada en función de criterios económicos.

- (ii) La segunda excepción a los límites de quita y espera será en el caso de una *propuesta de convenio anticipado*. En este caso, la Ley establece para aquellos supuestos en que el convenio prevea que los recursos para su cumplimiento se generarán de la propia actividad empresarial del deudor (es decir, cuando no se obtengan por la enajenación de bienes) que el juez pueda autorizar motivadamente y a solicitud del deudor la superación de los referidos límites en la propuesta de convenio (artículo 104.2 LC).

Como ya he adelantado al analizar genéricamente los límites impuestos legalmente a la libertad de pacto del contenido del convenio, cabe discutir si la cautela que introduce la Ley limitando la cuantía de la quita y el tiempo de la espera es necesaria para evitar el abuso de la autonomía de la voluntad dado que los peligros de que algo así ocurra en el nuevo marco concursal no parece que existan.

En efecto, además de lo ya comentado en el apartado 3 *supra* acerca de la inexistencia del riesgo de que los acreedores relacionados con el deudor impongan un convenio al resto de los acreedores al haberse privado a aquéllos del derecho de voto (artículo 122 LC), la nueva estructura única del procedimiento concursal establecida por la Ley aporta un mayor control sobre el contenido del convenio y evita dilaciones y gastos innecesarios que pudieran presionar indirectamente a los acreedores a aceptar cualquier convenio que le presente el deudor.

En este contexto, debemos recordar cómo en la práctica anterior la razón de que los acreedores aprobasen en la suspensión de pagos convenios con casi cualquier cantidad de quita era que la alternativa, a saber la quiebra, les iba a producir un perjuicio mucho mayor, ya que el procedimiento de quiebra conllevaba una cantidad de gastos, obligaciones de gestión del crédito y tiempo que reducía las posibilidades de cobro por debajo de las de la suspensión de pagos.

Frente a dicha situación de pluralidad de procedimientos e instituciones, la Ley presenta un pro-

cedimiento único con una fase común en la que la liquidación se abre automáticamente una vez que se confirme que la vía conservativa no es posible (artículo 143 LC), aprovechándose todo el tiempo y esfuerzo empleados en la referida fase común de concurso y siendo menores los plazos para ejecución de la liquidación.

Además debe recordarse que el nuevo procedimiento incluye valiosas medidas para controlar que el contenido de la propuesta del convenio tenga una auténtica razón de ser económica, eliminando también indirectamente las situaciones de abuso existentes en la práctica anterior. En este sentido, la Ley exige que la propuesta de convenio vaya acompañada de un plan de pagos (artículo 100.4 LC) lo que hace que cualquier convenio que los acreedores aprueben tenga una fundamentación técnica, y que las quitas se justifiquen por razones técnico-financieras o de mercado y no por comodidad del deudor, como podría ser el caso en la legislación anterior.

La misma crítica realizada respecto al límite de quita puede asimismo hacerse respecto del límite de espera de 5 años.

3.3. Propuestas alternativas

El párrafo primero del artículo 100.2 de la Ley establece que la propuesta puede ofrecer a los acreedores la posibilidad de elegir entre proposiciones alternativas. Hay que entender que estas proposiciones pueden ser tanto alternativas de quita o espera (por ejemplo, pago inmediato con una quita del 25% o alternativamente pago íntegro con una espera de 3 años) como alternativas distintas a la quita y espera, enumerando la Ley a título de ejemplo como tales la conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o en créditos participativos. La oferta puede ser tanto para todos los acreedores como para los de una o varias clases.

En primer lugar, cabe destacar que el artículo 100.2 LC no permite realizar proposiciones alternativas a grupos concretos de acreedores (por ejemplo, a los acreedores por suministro) ya que el precepto se refiere a clases de acreedores y éstos son los que establece el artículo 89.1 LC (privilegiados, ordinarios y subordinados).

En segundo lugar, debe enfatizarse que la Ley deja abierta la posibilidad de que se puedan diseñar

otras alternativas diferentes de las que enumera siempre y cuando no sean contrarias a lo establecido en la Ley (por ejemplo, la alternativa de pagar cediendo bienes o derechos en pago o para pago no sería admisible en cuanto está prohibida expresamente por el párrafo tercero del artículo 100.3 LC).

Con relación a los acreedores subordinados, el párrafo segundo del artículo 134.1 LC dispone que únicamente podrán escoger entre aquellas propuestas alternativas que establezcan la conversión de sus créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales, o en créditos participativos y no otras que se pudieran presentar distintas de la quita y espera.

Según apunté en el apartado 3.1 anterior, si las propuestas alternativas que se presenten tienen efectos similares a la quita o a la espera, dichas alternativas deben cumplir con los límites previstos a tal efecto en el párrafo primero del artículo 100.1 LC (quita superior al 50% de cada uno de los créditos ordinarios y espera superior a 5 años a contar desde la aprobación judicial del convenio). Estas condiciones obligan a comprobar si las alternativas que se presentan tienen el referido efecto y, en su caso, si encuentran cabida dentro de las referidas limitaciones. Por ejemplo, si analizamos los efectos de una propuesta de capitalización de créditos, parece concluyente que la misma supone un convenio de pago del 100% del crédito sin aplicación de quita alguna.

En cuanto a la alternativa de convertir el pasivo en un crédito participativo, resulta evidente que su remuneración debe estar determinada en función de los beneficios futuros del deudor. Respecto del resto de términos y características del crédito participativo, cabe preguntarse si la Ley al emplear el referido término se está refiriendo exclusivamente a los regulados en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de julio, o si en realidad únicamente emplea un concepto general de crédito participativo entendido como aquél pactado por las partes cuyo único requisito es que el interés esté determinado en función de los beneficios del acreditado.

La exégesis del artículo 100.2 de la Ley suscitará un amplio debate en la aplicación práctica de la Ley, ya que sin duda se posicionarán partidarios de las tesis restrictivas frente a otras que pretendan una interpretación amplia del concepto de crédito participativo, seguramente con el fundamento de que si

la Ley hubiera querido referirse a los créditos participativos regulados en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de julio, así lo habría especificado expresamente. Aclarar esta cuestión será decisivo ya que en el caso de adoptarse esa interpretación amplia la alternativa del crédito participativo podrá ser interesante en ciertas circunstancias dado que el deudor y sus acreedores podrían pactar los términos del crédito participativo libremente sin sujeción a lo previsto en el referido Real Decreto-Ley 7/1996, siempre que los términos acordados no supongan una vulneración del principio de igualdad de trato entre los acreedores.

3.4. Enajenación de unidades productivas. Concepto. Posibilidad de enajenación individual de activos

El artículo 100.2 LC en su párrafo segundo permite que en la propuesta de convenio se incluya la enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, o de determinadas unidades productivas siempre y cuando sea (i) a favor de una persona determinada; (ii) el adquirente continúe con la actividad de las unidades compradas; y (iii) asuma el pago de los créditos a los acreedores en los términos del convenio.

3.4.1. Concepto. Posibilidad de enajenación individual de activos. Enajenación en fase de cumplimiento de convenio

A mi modo de ver, el concepto de «unidad productiva» debe interpretarse de forma amplia, al objeto de que incluya la enajenación de cualquier elemento del negocio que tenga actividad empresarial o profesional por sí mismo, no siendo necesario que sea una rama de actividad completa. Los mayores problemas interpretativos se darán en los supuestos de enajenación de derechos (por ejemplo, la clientela y la marca), puesto que este tipo de enajenaciones se pueden conceptualizar tanto como la enajenación de un activo (el fondo de comercio) como la enajenación de una unidad de producción (la división de ventas), ya que de hecho en muchos grupos de sociedades los activos que forman el fondo de comercio están separados y centralizados en una sociedad del grupo.

No obstante lo anterior, no parece que la Ley prohíba la venta de activos de forma individual que no constituyan por sí mismos una unidad productiva (por ejemplo, un inmueble). En este sentido el

artículo 100.4 LC al referirse al plan de pagos que debe acompañar toda propuesta de convenio establece que en dicho plan deben detallarse los recursos obtenidos de la enajenación de «*determinados bienes y derechos del concursado*», no limitando por tanto el objeto de los recursos por enajenaciones a los obtenidos por ventas de unidades productivas. En suma, cabe concluir que el concursado puede vender activos de forma individual para cumplir el convenio pero si esos activos forman una unidad productiva, esa venta tiene que sujetarse a los límites establecidos en el artículo 100.2 de la Ley.

Dado que la Ley no prohíbe la venta de bienes y derechos del deudor una vez aprobado el convenio, también debe tenerse en cuenta que es posible que se posponga la enajenación de la correspondiente unidad productiva para el futuro (es decir, una vez comenzada la fase de cumplimiento del convenio), dejando diseñado en el plan de viabilidad (artículo 100.5 LC) el proceso para ello (por ejemplo, contratación del banco de inversión, valoración de los activos, proceso de subasta u ofertas restringidas, revisión legal y financiera por potenciales interesados y finalmente venta si hay acuerdo).

3.4.2. Algunas consideraciones prácticas sobre la estructura y contenido del contrato de compraventa como parte de una propuesta de convenio. Asunción del compromiso de continuidad de la empresa y del pago de los créditos

De la exigencia del artículo 100.2 LC de que en la propuesta de convenio se especifique la persona determinada a quien se pretende enajenar la unidad productiva y que dicha persona se comprometa a asumir tanto la continuidad de la actividad empresarial como el pago de los créditos a los acreedores, se deduce que la Ley está pensando en que este tipo de operaciones tienen que haberse negociado y acordado en firme con el comprador con anterioridad a la presentación de la propuesta de convenio. Esta interpretación se confirma de la lectura del artículo 100.4 LC que exige que en el plan de pagos se tengan en cuenta los recursos esperados por la venta de la unidad productiva, y ello sólo puede ocurrir si se conocen los términos de la enajenación antes de la presentación de la propuesta de convenio.

Sin duda, la coordinación del procedimiento concursal con el proceso normal de negociación y

cierre de la enajenación de la unidad productiva será absolutamente necesaria para el buen fin de la operación. Además, será imprescindible actuar con gran agilidad y anticipar lo más posible la negociación con un posible comprador, dado que como hemos indicado anteriormente los términos finales de la propuesta de convenio no serán susceptibles de modificación posterior.

Puede incluso ocurrir que el procedimiento se complique como consecuencia de la necesidad de presentar o modificar un expediente de regulación de empleo a medida de la nueva situación que tendrá el deudor a la vista de la enajenación de una de sus unidades productivas, sin el cual el comprador no estará dispuesto a comprar la citada unidad.

La transmisión de la unidad productiva se producirá una vez que el convenio haya sido aprobado siempre y cuando no mediara oposición, en cuyo caso se retrasará la transmisión hasta la resolución de la impugnación. No obstante, cabe la posibilidad de que el juez al admitir a trámite la oposición acuerde como medida cautelar con base en el artículo 129 de la Ley el inicio del cumplimiento del convenio y, entre otras actuaciones, que se realice la transmisión de la unidad productiva. Sin perjuicio de que habrá que revisar las circunstancias de cada caso, *a priori* se antoja harto difícil que se ordene dicha transmisión por las importantes consecuencias que podrían producirse frente a terceros o para la continuidad del propio deudor si el convenio fuera finalmente rechazado.

Resulta evidente que entre la revisión legal y financiera que hizo el comprador de la unidad productiva y el momento en el que éste puede adquirirla de forma efectiva pasarán meses. Si tenemos en cuenta que la práctica demuestra que la unidad productiva objeto de la transmisión se deteriora durante la tramitación del procedimiento concursal, es razonable que el comprador pretenda pactar la habitual *cláusula de ajuste de precio* para cubrir el riesgo de deterioro de la unidad productiva descrito o incluso, en el supuesto de deterioro sustancial, la posibilidad de resolver la compraventa.

La necesidad de las cláusulas de ajuste del precio plantea la cuestión de si en estos supuestos son admisibles las propuestas de convenio en las que la quita se calcule en función del precio final que se

obtenga por la venta de la unidad productiva después del referido ajuste del precio, lo que ocurrirá una vez aprobado el convenio cuando la unidad productiva se haya transmitido al adquirente.

Hay que entender que una propuesta de convenio con este tipo de cláusulas podría ser admisible ya que lo único que prohíbe el artículo 101 de la Ley es que la eficacia del convenio esté condicionada y no que la quita sea variable en función de unos hechos futuros y objetivos. La admisibilidad de una quita variable no debe ser interpretada en el sentido de que el convenio y el plan de pagos puedan llegar a ser tan inconcretos y subjetivos que los acreedores no puedan conocer lo que en realidad están votando.

No obstante, en mi opinión, el contrato de compraventa que eventualmente se alcanzara debería evitar que pudieran producirse las siguientes situaciones:

- (i) Sería difícil de justificar una propuesta de convenio que admitiera la posibilidad de que el comprador pudiera al final del proceso resolver la compraventa, sobre todo en el supuesto de que el plan de pagos incluyera como fuente de ingreso fundamental el precio por la enajenación de la unidad productiva, ya que el ejercicio de esa facultad de resolución, aunque estuviese justificada y su ejercicio fuese objetivo, llevaría a la imposibilidad de cumplir el convenio salvo que, junto a la posibilidad de enajenación, el convenio (en concreto el plan de viabilidad) estructurara una opción de continuidad para el caso de que la unidad productiva no pudiese ser vendida.
- (ii) Con relación a la posibilidad de ajuste del precio, en ningún caso dicho ajuste puede llevar a que la quita del convenio sea superior a la mitad de los créditos ordinarios de los acreedores (artículo 100.1 LC).

Esta condición puede dificultar la venta de unidades productivas en los supuestos en los que no exista margen suficiente para pactar un ajuste de precio. Si por ejemplo el precio de la venta de la unidad productiva y el resto de los recursos para cumplir el convenio no suman al menos la mitad de los créditos ordinarios, la única solución será la venta de la unidad productiva en la fase de liquidación (artículo 148.1 LC) ya que no cabrá convenio puesto que el importe limitado de los recursos que se pudieran obtener supondría una quita

mayor al 50%, lo que únicamente sería posible si el juez lo autoriza en los supuestos previstos en los artículos 100.1 y 104.2 LC.

La siguiente cuestión en la que tiene interés detenerse es la obligación del comprador de asumir el compromiso de continuar «la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago, de los créditos de los acreedores, en los términos expresados la propuesta de convenio.» (artículo 100.2 LC)

La Ley no establece lo que debe interpretarse como «continuidad de la actividad empresarial o profesional» y parece ciertamente difícil de determinar *a priori* el alcance de este concepto. De todos modos parece que son identificables algunas situaciones extremas que no serían exigibles bajo dicho compromiso. Por ejemplo, parece excesivo un compromiso de mantener la actividad exactamente tal y cómo la llevaba el deudor, o sin la posibilidad de realizar una posible reestructuración. De la misma forma, si una vez transcurrido un razonable periodo de tiempo resulta manifiesta la inviabilidad de la unidad productiva adquirida, sería defendible que el adquirente pueda liquidarla para evitar más pérdidas.

Por último, cabe hacer referencia a la obligación del comprador de asumir «el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio». Tal y como está redactado el precepto puede plantear varias preguntas. ¿El adquirente asume el pago de todos los créditos del concurso, aunque sólo compre una de las unidades productivas del deudor? ¿O únicamente de los créditos correspondientes o vinculados a la unidad productiva? Y, en este último caso, ¿el adquirente asume el pago de los créditos concursales y también los post-concursales correspondientes o vinculados a la unidad productiva? Es difícil la interpretación del alcance de esta previsión legal y de la obligación de pago que el adquirente debe asumir, aunque suponemos que en la práctica concursal se intentará evitar que el comprador esté obligado al pago de otro importe distinto del precio y, en su caso, de las obligaciones corrientes de la unidad productiva adquirida. Probablemente, este aspecto será regulado en la propuesta de convenio que se someterá a aprobación por los acreedores en la que incluso podría pactarse el pago del precio directamente por el comprador a los acreedores a prorrata de sus créditos.

3.5. Prohibición de cesión de bienes y derechos en pago y para pago

El artículo 100.3 de la Ley establece que «en ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacer sus deudas (...)».

Este precepto viene a prohibir una práctica muy habitual durante la legislación concursal anterior, consistente precisamente en ceder los bienes del deudor a los acreedores para que éstos los liquidaran. Esta práctica no era más que una liquidación encubierta que, con razón, la Ley prohíbe, ya que la liquidación debe de realizarse por el procedimiento liquidatorio regulado en los artículos 142 y siguientes de la Ley. Además, en la práctica anterior estas «liquidaciones ocultas» en muchos casos se realizaban cuando no existía activo o éste era irrisorio respecto de la cantidad de pasivo que se tenía que pagar.

El artículo 100.3 LC citado parece prohibir tanto las cesiones totales de bienes y derechos como también las parciales, ya que el precepto dispone que «en ningún caso» cabrá la cesión sin distinguir si es parcial o total. Además cuando el artículo utiliza la cláusula de cierre «(...) ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio (...)» no dice «ni en cualquier otra forma», por lo que cuando en las palabras inmediatamente anteriores a esta cláusula de cierre prohíbe la cesión de bienes y derechos no sólo se está refiriendo a aquellas cesiones que sólo supongan o impliquen la liquidación total del patrimonio (como es el caso de la cesión de todos los bienes y derechos), sino también a las cesiones parciales de bienes para pago de parte del pasivo que no impliquen liquidación total del patrimonio.

Conviene señalar, no obstante, que frente a esta interpretación que no sería partidaria de admitir las cesiones parciales cabe la contraria con base en argumentos similares a los expuestos en el apartado 3.1 *supra* para sostener que no es necesario que una propuesta de convenio contenga necesariamente una propuesta de quita o espera.

En efecto, ya hemos visto que la Ley es partidaria de la libertad de pacto, que sólo limita en cuanto a su contenido en el artículo 100 para evitar los abu-

sos cometidos con la anterior regulación. Respecto de la prohibición de cesiones, su finalidad es la ya expuesta de evitar liquidaciones globales encubiertas, que sólo pueden resultar con una cesión total y no con cesiones de parte del activo. Y así, únicamente cuando se cede todo el patrimonio a los acreedores tiene la cesión efectos de liquidación de los activos ya que si la cesión es parcial el deudor continuará ostentando activos no pudiéndose en este caso hablar de liquidación global del patrimonio que es lo que el artículo 100.3 pretende prohibir.

Asimismo, resulta clarificador observar que al referirse a la prohibición de cesiones como parte del contenido del convenio, la Exposición de Motivos de la Ley parece referirse únicamente a la cesión en cuanto forma de liquidación global del patrimonio («lo que no admite la Ley es que a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio (...)» —apartado VI—). Por tanto, parece evidente que la Exposición de Motivos rechaza la cesión en cuanto tenga como efecto la liquidación global, lo que no puede ser el caso en supuestos de cesiones parciales.

Otro argumento para defender que las cesiones que prohíbe el artículo 100.3 LC son sólo las cesiones globales, lo tenemos en la referencia que hace la Ley al beneficiario de la cesión. El precepto identifica como tal beneficiario «a los acreedores en pago o para pago de sus créditos» y con ello se esta refiriendo a los acreedores en su conjunto y no a algunos o algún acreedor. Por tanto, si la cesión prohibida es a los acreedores en su conjunto sólo se puede estar refiriendo a una cesión global con efectos liquidativos.

Finalmente, es de resaltar que operaciones de pago del pasivo que tengan como efecto un resultado equivalente al prohibido tan tajantemente en el artículo 100.3 LC no serán admisibles por ser en fraude de ley. A este respecto, se nos plantea la duda de si cabría considerar que la conversión de todo el pasivo ordinario en capital sea una forma equivalente en términos económicos a la liquidación global terminantemente prohibida por el artículo 100.3 LC, ya que como accionistas del deudor los acreedores controlarían todo su patrimonio (dependiendo no obstante de los términos del aumento del capital).

La cuestión queda abierta, como abierta queda la relativa al alcance de la prohibición (cesión total o parcial) y serán los tribunales los que tengan que interpretar el fin real de los límites que establece el artículo 100.3 frente al principio de libertad de soluciones que los acreedores deben tener siempre para satisfacer sus créditos.

4. EL CONVENIO ANTICIPADO

El convenio anticipado regulado en los artículos 104 a 110 de la Ley es la estrella de la reforma concursal en lo que al convenio se refiere, fundamentalmente porque permite que un convenio se negocie durante la fase común del concurso (o incluso antes de la solicitud del concurso, artículo 106.2 LC) y se apruebe sin más trámites, evitándose con ello la fase de convenio y obteniendo un gran ahorro de tiempo (artículo 109.1)⁴.

El convenio anticipado sólo puede ser presentado por el deudor, incluso aunque se hubiera declarado el concurso necesario a petición de los acreedores (artículo 104 LC), ya que la Ley entiende que hasta la conclusión del inventario y la lista de acreedores (es decir, hasta el final de la fase común) los acreedores no están preparados para proponer un convenio ya que no pueden formarse su criterio sobre las posibilidades reales de que el deudor pueda cumplir el convenio o la posibilidad de exigir un convenio más oneroso al deudor.

Al contrario que en la legislación anterior, donde el deudor presentaba un convenio con la solicitud de admisión a trámite de la suspensión de pagos sin ningún tipo de aval o soporte técnico sobre su coherencia o viabilidad, la Ley establece las siguientes garan-

tías para asegurarse de que la propuesta de convenio anticipado que se presente sea solvente y viable:

- (i) En primer lugar, la propuesta debe de tener las adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos representen al menos una quinta parte del pasivo presentado por el deudor.

Este requisito pretende dar confianza al resto de los acreedores ya que se les envía el mensaje de que el deudor ha sido capaz de convencer a un número sustancial de acreedores. Algún autor, en cambio, considera que el requisito de requerir adhesiones para el convenio anticipado no es un mecanismo de protección necesario para los acreedores y que incluso puede fomentar la presentación de créditos ficticios⁵.

No parece, sin embargo, que la exigencia de la obtención de tales adhesiones sea exagerada y respecto del riesgo de presentación de créditos ficticios hay que tener en cuenta que el cuarto párrafo del artículo 128.1 LC considera motivo de oposición al convenio la creación de estos créditos ficticios y la presentación de adhesiones en base a ellos. Además, la generación de tales créditos inexistentes supone la simulación de una situación patrimonial ficticia, lo que es causa suficiente para declarar el concurso como culpable en virtud de lo expuesto en el artículo 164.2.6.º de la Ley, e incluso afectaría también al acreedor cómplice conforme a lo establecido en el artículo 166 de la Ley.

- (ii) La segunda garantía prevista legalmente es la necesidad de presentar junto con la propuesta

⁴ Como razona T. Vilarrubia Guillamet «el convenio anticipado está llamado a ser, al menos a priori, uno de los más importantes mecanismos para agilizar el procedimiento concursal, en la medida en que a través del mismo se posibilita la obtención de una solución a la situación de insolvencia con una notoria economía procesal. Pero las virtudes de ese novedoso instituto van más allá de la economía procesal, pues la misma inmediatez que caracteriza al convenio anticipado lo convierte en un instrumento para evitar un agravamiento en el deterioro de la situación patrimonial del concursado, favoreciendo la solución del concurso por convenio» («El convenio anticipado en el nuevo proyecto de Ley Concursal», *La Ley*, 2002, núm. 5636, pág. 2).

⁵ Sostiene asimismo T. Vilarrubia Guillamet que «la propuesta anticipada, tal y como aparece diseñada en el PLC, presenta suficientes mecanismos de protección de los acreedores como para justificar la supresión del requisito de las adhesiones para su admisión a trámite. Esto es así porque la propuesta anticipada sólo se convierte en convenio anticipado una vez conocidos los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores, y, lo que es más importante, una vez se ha posibilitado la revocación de adhesiones por los acreedores (cfr. art. 107.2 PLC). Siendo esto así, carece de sentido imponer límites a la posibilidad de concluir un convenio anticipado; más aún en este caso en que el requisito de las adhesiones puede producir efectos contraproducentes, como el que el concursado genere créditos ficticios con la única finalidad de coadyuvar a la admisión a trámite de la propuesta anticipada» (cit., pág. 4).

de convenio anticipado un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad (artículos 100.4 y 100.5 LC).

- (iii) Otra de las garantías de la legalidad de la propuesta de convenio presentada es el control de legalidad que realiza el juez con la admisión a trámite de la propuesta, al que ya me he referido (artículo 106.2 y 3 LC).
- (iv) Finalmente, la cuarta garantía la proporciona el informe de la administración concursal sobre el contenido del convenio sobre la base del plan de viabilidad y el plan de pagos presentados (artículo 107 LC).

Todos estos requisitos, inexistentes en la legislación anterior, hacen que los convenios que se lleguen a presentar en el futuro bajo esta fórmula tengan la garantía de que han sido redactados sobre bases razonables a pesar de que provengan del deudor. Es cierto que para el caso de que el convenio anticipado se presente en una fase muy temprana del procedimiento la administración concursal puede no tener todo el conocimiento sobre la empresa necesario para emitir su dictamen. Sin embargo, es preferible que aún siendo así la administración concursal revise el convenio e identifique en lo posible sus carencias o incongruencias.

Relacionado con la problemática de la información, es de resaltar el hecho de que si bien la Ley parece reconocer la asimetría de información que existe entre aquellos acreedores que preparan con el deudor la propuesta a la que se adhieren y los demás, la Ley establece los mecanismos y garantías anteriormente comentados para que el flujo de información también revierta a los acreedores que no han participado en la propuesta (deber de aportación de plan de pagos y, en su caso, de plan de viabilidad; revisión por la administración concursal de la propuesta, etc.).

Con el objetivo de reforzar aún más la credibilidad de la propuesta anticipada del deudor, la Ley establece en su artículo 105.1 LC seis supuestos en los que se prohíbe la presentación de un convenio anticipado, cuyo denominador común es exigir la reputa-

ción moral y empresarial del deudor proponente y el cumplimiento por éste de formalidades societarias. Tales prohibiciones incorporan una garantía adicional a los acreedores respecto de la seriedad de la propuesta (esta vez garantizando la seriedad y fiabilidad del proponente más que de la propuesta), ya que en el caso de incumplimiento de tales prohibiciones la Ley establece como sanción la pérdida de efecto de la propuesta (artículo 105.2 LC).

Con objeto de acelerar al máximo la discusión sobre el convenio y su aprobación, el artículo 110 LC da una segunda oportunidad de aprobación al convenio anticipado que no hubiera obtenido suficientes adhesiones durante su tramitación al permitir, si el deudor lo desea, que el convenio sea sometido a aprobación en junta. A los acreedores que durante la fase común se hubieran adherido al convenio anticipado se les permite revocar su adhesión. Como detalle de que el legislador conoce muy bien las circunstancias que rodean a los procesos concursales, y en concreto la pereza que algunos acreedores tienen para participar en los procedimientos concursales, el citado artículo deja en vigor las adhesiones que no se revoquen expresamente.

En general podemos concluir que con tales garantías y limitaciones el propósito de la Ley no es la generalización del convenio anticipado, sino que aquellos convenios que se tramiten sean serios y viables.

Es de esperar que el convenio anticipado sea utilizado en situaciones en las que el deudor sabiendo de sus dificultades convoque a los acreedores de mayor peso (que no aquellos relacionados con el deudor) e intente estructurar conjuntamente con ellos de forma semejante a los «*Steering Committees*», un plan de viabilidad que quede plasmado en la correspondiente propuesta que sirva de referente para el resto de los acreedores.

Si la negociación de la propuesta de convenio anticipado se realiza en la fase preconcursal por el deudor con un número importante de acreedores, el procedimiento de convenio anticipado se asimilará mucho al acuerdo extrajudicial obligatorio que tanto se ha defendido en algún sector de nuestra doctrina⁶,

⁶ El Profesor Rojo sostiene las ventajas del «convenio extrajudicial» o «amistoso» que él define como «convenio preconcursal», consistente de forma fundamental en un convenio por el que se impide a los acreedores el inicio de las acciones contra el deudor durante un breve período de tiempo en el que se negociaría un plan de reestructuración (Rojo, cit., pág. 110).

con la ventaja adicional de que el convenio será sancionado por la autoridad judicial después de un proceso relativamente corto en el que se facilite valiosa información al resto de acreedores que gozan de la garantía del sistema (el proceso con un juez imparcial y los administradores concursales).

Otra peculiaridad del convenio anticipado la encontramos en materia de mayorías. La Ley ha mantenido para todos los casos la mayoría de la mitad del pasivo ordinario para que se considere aceptada la propuesta realizada, al objeto seguramente de evitar que los acreedores dominantes aprovecharan el carácter escrito de este procedimiento para obtener la mayoría atenuada del párrafo segundo del artículo 124 LC.

A este respecto, debe indicarse que con carácter general el párrafo primero del artículo 124 LC dispone que para que se considere aceptada una propuesta de convenio ordinario «será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso». Dicha mayoría se reduce para los casos de convenios ordinarios que propongan el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a 3 años o el pago de estos créditos con una quita inferior al 20%, en los que será suficiente con que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vota en contra (artículo 124 LC párrafo segundo).

Pues bien, para el convenio anticipado la mayoría para entender aceptada la propuesta es en todos los casos de la mitad del pasivo ordinario del concurso, incluso en aquellos en los que la propuesta contenga un pago íntegro en menos de 3 años o una quita inferior al 20% (artículo 124 LC párrafo tercero). Con ello la Ley pretende evitar que en el caso de convenios anticipados la indolencia o pereza de los acreedores menores lleve a que los acreedores dominantes aprovechen el sistema para obtener la mayoría atenuada del artículo 124 LC párrafo segundo.

5. PROCEDIMIENTO DEL CONVENIO ORDINARIO

Me referiré en los siguientes apartados de forma sumaria a aquellas cuestiones del convenio ordinario que tienen un aspecto más procedimental aunque por ello no menos importante.

5.1. Apertura de la fase de convenio. Legitimación para la presentación de propuestas

La apertura de la fase de convenio ordinario se producirá en el supuesto de que no se llegara a aprobar un convenio anticipado o que el deudor no hubiera manifestado al juez su voluntad de mantener la propuesta anticipada para su sometimiento a la junta de acreedores, siempre y cuando el deudor no hubiese solicitado la liquidación (artículo 111 LC).

Los *legitimados para la presentación de propuestas en esta fase de convenio* son únicamente (i) el concursado que no hubiere presentado una propuesta de convenio anticipado y (ii) los acreedores que individual o conjuntamente representen una quinta parte del pasivo (artículo 113.1 LC). En este caso el deudor no necesita que su propuesta de convenio venga acompañada de adhesiones de los acreedores como en cambio se requiere para la presentación de la propuesta de convenio anticipado.

No obstante lo anterior, debe destacarse que poniendo en relación lo previsto en los artículos 111 y 113 LC resulta evidente que si el concursado hubiera presentado una propuesta de convenio anticipado que no hubiera sido aprobada o respecto de la que no hubiera declarado su intención de mantenerla, no podrá en esta fase presentar una nueva propuesta, estando únicamente legitimados para hacerlo los acreedores que representen la quinta parte del pasivo. Todo ello implicará que el deudor que no quiera mantener su propuesta de convenio anticipado y presentar una nueva, deberá convencer a los acreedores que ya le prestaron su adhesión para la propuesta de convenio anticipado sobre la conveniencia de que ellos mismos presenten directamente la nueva propuesta.

Si no se presentara ninguna propuesta o el juez no admitiera ninguna de las presentadas, se abrirá la fase de liquidación (artículo 114.3 LC).

5.2. Procedimiento de presentación y votación del convenio

A continuación se resume de forma breve el procedimiento de presentación y votación del convenio, que es relativamente sencillo:

- (i) Todas las propuestas pueden presentarse hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o, de

haberse presentado impugnaciones, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (artículo 113.1 LC).

Con ello se consigue que todas las propuestas deban presentarse y admitirse antes de la celebración de la junta, lo que permite que puedan ser valoradas y comparadas con tiempo suficiente, evitando propuestas-sorpresa de última hora en el acto de la junta.

- (ii) Conforme a lo ya comentado en el apartado 2.2 anterior, el juez realiza el control de legalidad de las propuestas de convenio *ex* artículo 114 LC.
- (iii) La administración concursal realiza su evaluación de cada una de las propuestas de convenio (artículo 115 LC).
- (iv) Los acreedores podrán comenzar a emitir sus adhesiones a la propuesta de convenio que estimen más adecuada a sus intereses con anterioridad a la junta. No obstante, los acreedores que se hubieran adherido a alguna propuesta antes de la junta podrán cambiar su voto en la propia junta (artículo 115.3 LC).
No se especifica en los artículos 115.3 y 120 LC si los acreedores tienen derecho a conocer con anterioridad a la junta cuál es el apoyo que cada propuesta ha recibido así como saber qué acreedores han votado a cada propuesta. No obstante, dado que esta información debe constar en autos y en aras de la necesaria transparencia en la que se debe inspirar el proceso, entendemos que esta información debe estar disponible para todos los acreedores, incluso para los no personados.
- (v) En la junta se presentarán formalmente las propuestas y se dará la oportunidad para que éstas sean apoyadas o criticadas siguiendo un esquema parecido al de la vigente Ley de Suspensión de Pagos (artículo 121.3 LC). Acto seguido serán votadas en la forma establecida en el artículo 121.4 LC las diferentes propuestas de convenio, por el orden establecido en el artículo 121.2 LC, siendo la primera la del deudor y el resto «por el orden que resulte de la cuantía mayor a menor del total de los créditos titulados por sus firmantes».

- (vi) Como hemos adelantado al tratar el convenio anticipado, las mayorías necesarias para aprobar el convenio son las establecidas en el artículo 124 LC. Como regla general, la mayoría necesaria será la mitad del pasivo ordinario, incluyéndose a estos efectos tanto a los acreedores ordinarios, como el pasivo de los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta. En el supuesto de que el convenio prevea una espera no superior a tres años sin quita o una quita inferior al veinte por ciento sin espera, bastará que vote a favor un porcentaje del pasivo ordinario superior al que vote en contra.

Esta reducción de las mayorías necesarias para aprobar el convenio respecto de lo establecido en la Ley de Suspensión de Pagos es muy conveniente ya que facilita la conclusión de convenios respetando sin embargo una mayoría relevante. No obstante, para evitar que se lleguen a aprobar convenios con mayorías ridículas (como podría ser en el caso de que fuera aplicable la mayoría atenuada indicada anteriormente), la Ley prevé un *quorum* de constitución de la junta del cincuenta por ciento del pasivo ordinario (artículo 116.4 LC).

- (vii) En el caso de aquellas propuestas de convenio que atribuyan un trato singular a ciertos acreedores o grupos de acreedores determinados por sus características será preciso que dicha propuesta obtenga de forma adicional a la mayoría aplicable según lo previsto en el apartado (vi) anterior el voto favorable en la misma proporción del pasivo no afectado por el trato singular (artículo 125 LC).
El artículo 125 LC aclara que el mantenimiento del privilegio a un acreedor que ya lo tenía no supondrá trato especial siempre y cuando éste soporte las quitas y esperas como todos los demás. Este planteamiento es muy interesante ya que supone fomentar la participación de acreedores privilegiados sin coste para el deudor y los demás acreedores, ya que el mantenimiento del privilegio es un derecho preexistente.
- (viii) Votado el convenio en la junta el juez realiza el segundo control de legalidad a que nos refe-

ríamos anteriormente (véase *supra* 2.2) (artículo 130 LC). Si no hay oposición o una vez resuelta la que se plantee, conforme al artículo 130 LC el juez realiza el control de legalidad del que puede resultar la emisión de la sentencia aprobando el convenio o, en el supuesto de que considerara que se han infringido algunas de las normas que establece la Ley, rechazar de oficio el convenio (artículo 131 LC).

5.3. Oposición al convenio. Medidas cautelares. Subsanción de cuestiones formales

En materia de oposición al convenio el párrafo segundo del artículo 128.1 LC reconoce como legitimados activamente a: (i) la administración concursal; (ii) los acreedores no asistentes a la junta; (iii) los que en ella hubieran sido privados ilegítimamente del voto; (iv) los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por la mayoría; y (v) en el caso del propuesta anticipada de convenio, quienes no se hubieran adherido a ella.

Las causas de impugnación previstas en el artículo 128 LC son las clásicas ya recogidas en nuestra legislación anterior, como son la ilegalidad del contenido del convenio, la forma y contenido de las adhesiones, el incumplimiento de las normas de constitución de la junta o su celebración.

La novedad la aporta el artículo 128.2 LC que permite a la administración concursal y a los acreedores legitimados para impugnar que representen, individualmente o conjuntamente, al menos el 5% de los créditos ordinarios oponerse cuando consideren que el cumplimiento del convenio sea *objetivamente inviable*.

Nada se nos dice en la Ley sobre qué criterios deben aplicarse para considerar que un convenio es «objetivamente inviable». En principio, cabe excluir como causa de inviabilidad la ilegalidad del contenido de la propuesta, ya que este supuesto está cubierto por las causas de impugnación indicadas en el artículo 128.1, tercer párrafo de la Ley.

Teniendo esto en cuenta, el único supuesto que a primera vista parece que cabría interpretar como causa de objetiva inviabilidad de la propuesta sería la inconsistencia del plan de pagos o el plan de viabilidad con la propuesta de amortización de la deu-

da contenida en el convenio. No obstante, no parece claro que este sea el supuesto en el que está pensando la Ley, al menos con respecto a la administración judicial. En efecto, debe recordarse que los planes de pago y de viabilidad ya han sido revisados por la propia administración concursal con anterioridad a la oposición (artículo 115.1 LC) y que la evaluación negativa que haya realizado sobre dichos planes no impide que la propuesta siga su trámite (artículo 107 LC). Por todo ello, resulta muy difícil de admitir que la administración concursal pueda impugnar el convenio con base en su propia evaluación en contra del criterio de la mayoría de los acreedores, tanto más cuanto que la Ley no atribuye en modo alguno carácter vinculante a la evaluación de los referidos planes por la administración judicial.

Es difícil imaginar qué causa objetiva podría dar lugar a la inviabilidad de un convenio diferente de las expuestas. En todo caso podría ser causa de inviabilidad, las circunstancias que hubieran ocurrido de forma sobrevenida durante la tramitación del convenio, que supongan que las bases sobre las que se admitió a trámite el convenio aprobado por la mayoría hayan cambiado y que, por tanto, el convenio resulte inviable (por ejemplo, que el comprador de la unidad productiva a la que se refiere el artículo 100.2 de la Ley hubiera incumplido su obligación de comprar).

En cuanto a la posibilidad de recurso contra la sentencia que apruebe el convenio cabrá apelación que se tramitará con «carácter preferente» conforme a lo previsto para las apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario (artículo 197.4 LC).

Por último, en relación con la oposición es muy loable la posibilidad que se concede al juez en el artículo 129.4 de la Ley de adoptar las medidas cautelares que procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida el cumplimiento del convenio, así como la posibilidad de acordar su eficacia parcial (artículo 133.3 LC).

También son de destacar las posibilidades de subsanción que la Ley habilita en los artículos 129.2, 131.2 y 131.3 LC para cuestiones formales que, incluso, pueden llegar a la celebración de una nueva junta. Esta cuestión es un gran avance respecto de la legislación anterior beneficiando al interés general del concurso.

6. EFECTOS DEL CONVENIO

El convenio adquirirá su plena eficacia desde la fecha de la sentencia en la que se apruebe dicho convenio (siempre y cuando en la apelación no se acuerde la suspensión —artículo 197.5 LC—), cesando todos los efectos de la declaración del concurso, que quedarán sustituidos por lo previsto en el propio convenio y el cumplimiento por el deudor de los deberes generales de colaboración e información previstos en los artículos 42 y 138 LC. Asimismo, cesarán en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que en el convenio se les hubiere encomendado (artículo 133 LC).

El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, incluso aunque sus créditos anteriores a la declaración del concurso no hubieran sido reconocidos (artículo 134.1 primer párrafo LC). Respecto de los acreedores subordinados serán aplicables las mismas quitas y esperas que para los ordinarios, con la excepción de que el plazo de la espera se computará una vez que se haya cumplido el convenio respecto de los acreedores ordinarios (artículo 134.1 LC segundo párrafo). Asimismo téngase en cuenta la limitación que los acreedores subordinados tienen para escoger entre las propuestas alternativas a la que nos referimos en el apartado 3.3 anterior.

En cuanto a los acreedores privilegiados el convenio sólo les afectará si hubiesen votado a favor del

mismo o si se adhieren antes de que se declare el convenio cumplido (artículo 134.2 LC).

El convenio tiene como efecto primordial la novación por virtud de la Ley de las obligaciones a las que se refiere, que afectará tanto a las partes en sentido estricto (e.d. aquellos acreedores que han votado el convenio ya sean acreedores ordinarios o privilegiados), como también a los acreedores que no lo han votado y aquellos privados del derecho de voto (los acreedores subordinados) (artículo 136 LC).

El efecto novatorio del convenio en relación con la responsabilidad solidaria, avales o garantías de terceros frente los acreedores tiene una regulación especial en el artículo 135 LC. Así, se establece en este artículo que el acreedor garantizado que vote una quita o una espera puede ver condicionado el ejercicio de la acción contra el fiador o responsable solidario como consecuencia de su adhesión al convenio. Normalmente si no se pacta nada para regular esta situación en el documento entre el acreedor y el fiador se estará a lo dispuesto en los artículos 1851 y 1847 del Código Civil. Es por ello muy conveniente que los beneficiarios de garantías o fianzas regulen esta cuestión en sus documentos con el fiador en el sentido de obtener el derecho a pactar libremente cualquier quita o espera con el deudor, incluidos los supuestos en los que el fiador hubiera pagado parcialmente alguna cantidad bajo una fianza.