

CUESTIONES PROBLEMÁTICAS RELACIONADAS CON EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN AL CONVENIO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA

Abogado*

Cuestiones problemáticas relacionadas con el trámite de oposición al Convenio en el Concurso de Acreedores

Son muchos y muy variados los problemas prácticos que se suscitan en torno a la tramitación del convenio en el concurso de acreedores. Esos problemas han dado lugar a numerosos estudios doctrinales y, sobre todo, a una rica práctica judicial que, con notable rigor, viene tratando de solventar las principales cuestiones interpretativas y de aplicación que la Ley Concursal suscita. Este comentario se centra en el trámite de oposición al convenio, para hacer referencia a dos tipos de cuestiones. Una primera, concreta, es de naturaleza esencialmente procesal y se refiere a si pueden o no recurrir en apelación la sentencia de aprobación del convenio quienes, estando legitimados para ello, no formularon oposición al convenio. Un segundo tema objeto de examen, más amplio, se centra en la polémica causa de oposición consistente en que el convenio propuesto sea de cumplimiento objetivamente inviable. Aquí se hará referencia a los criterios que desde los órganos judiciales se han intentado dar para delimitar el contenido y alcance de esta causa de oposición y a la trascendencia que puede tener de cara a una eventual sección de calificación en caso de liquidación posterior por incumplimiento del convenio.

Practical issues regarding the procedure of opposition to the creditors' agreement in insolvency proceedings

There are numerous and diverse practical issues arising in relation to the steps that have to be taken for the approval of the creditors' agreement in insolvency proceedings. These issues have led to ample doctrinal studies and, especially, to abundant case law that, with great attention to detail, has been trying to settle the main interpretation and application concerns of the Insolvency Law. This article focuses on the procedure of opposition to the agreement in order to discuss two kinds of issues. The first is essentially of a procedural nature and relates to whether or not the judgment approving the agreement can be appealed against by those who did not file an opposition to the agreement even though they were entitled to do so. The second is a wider issue, which relates to the controversial objection based on the fact that compliance with the agreement is objectively unfeasible. Reference will be made to the criteria that the courts have tried to propose in order to set the limits of the content and scope of this objection and to the implications that this may have as regards a potential insolvency ruling (sección de calificación) in the event of a subsequent liquidation due to a breach of the agreement.

1 · INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO¹

El sistema diseñado por la Ley Concursal («LC» o «Ley Concursal») para la verificación y aprobación del convenio en el concurso de acreedores viene planteando en la práctica numerosas y relevantes cuestiones tanto de índole procesal como de tipo

sustantivo. De entre todos los suscitados, se ha considerado oportuno seleccionar para este comentario dos grupos de problemas. El primero, concreto, hace referencia a una cuestión procesal: si el acreedor que, teniendo legitimación para ello, no formuló oposición al convenio, podría después recurrir en apelación la sentencia de aprobación del convenio. El segundo, más general y de tipo material, se centra en una causa de oposición que desde su introducción en la Ley ha generado no poca polémica: la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio propuesto. Ambas cuestiones han dado lugar a opiniones doctrinales y resoluciones judiciales encontradas y de máxima actualidad.

* Del Área de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).

¹ Cuando surgió la idea de preparar un número especial de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* en homenaje a Juan Luis Iglesias me pareció que no podía faltar un comentario que hiciera referencia a temas concursales. No en vano Juan Luis fue uno de los padres de la actual Ley Concursal. Con agrado he comprobado después que este no es el único que versará sobre esta materia en este ejemplar de una revista cuya creación también corresponde, con otros, al propio Juan Luis. En esta ocasión, teniendo en cuenta las por otro lado imprescindibles limitaciones de extensión y la experiencia de quien escribe y su dedicación especial a temas procesales, se han escogido algunos problemas prácticos que se plantean en el trámite de oposición a la aprobación del convenio. Desde el punto de vista personal, me permito añadir, en fin, que a Juan Luis lo quise mucho y siempre lo tuve, más que como un maestro, como uno de los mejores amigos (a pesar de una diferencia de edad de casi treinta años) y la mejor persona que pude conocer. Te echamos mucho de menos, Juan Luis.

2 · EL TRÁMITE DE OPOSICIÓN AL CONVENIO. LEGITIMACIÓN PARA APELAR LA SENTENCIA DE APROBACIÓN DE QUIENES, TENIENDO LEGITIMACIÓN PARA ELLO, NO FORMULARON OPOSICIÓN

2.1 La Ley Concursal contiene un doble sistema de verificación del convenio aceptado por la mayoría legalmente prevista de acreedores. Como dispone el artículo 127 LC, el convenio aceptado

se somete a aprobación judicial, si bien con carácter previo se establece un trámite de oposición al convenio regulado en el artículo 128. De este precepto cabe destacar varios elementos relevantes. El primero es que tienen legitimación activa para formular oposición al convenio «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» (art. 128.1 II LC). También se establece un conjunto tasado de motivos de oposición, al decirse que esta «sólo podrá fundarse en la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración» (art. 128.1 III LC, completado con la previsión del art. 128.1 IV LC). El artículo 128.2 LC añade que «la administración concursal y los acreedores mencionados en el apartado anterior que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios podrán además oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable». Finalmente, el artículo 131 LC establece determinados motivos de rechazo de oficio del convenio de oficio, que coinciden sustancialmente con las causas de oposición antes indicadas, salvo la del artículo 128.2 LC, que no puede ser apreciada de oficio.

Según dispone el artículo 197.4 LC, la sentencia aprobatoria del convenio es revisable en apelación. El precepto, aisladamente considerado y atendiendo exclusivamente a su dicción literal, no exige que previamente se haya formulado oposición contra el convenio por el cauce del artículo 128 LC, ni tampoco parece restringir la legitimación para recurrir en apelación a quienes, estando legitimados para ello, hayan formulado previa oposición al convenio. Desde esta perspectiva, puede pensarse con fundamento que el acreedor legitimado para oponerse podría recurrir en apelación la sentencia aprobatoria de ese convenio, por más que no hubiese deducido previa oposición.

El planteamiento, sin embargo, presenta objeciones de relevancia. En este sentido, se viene entendiendo que no cabe atender solo al texto del artículo 197.4 LC; que es necesario ir más allá y prestar atención a la naturaleza y finalidad del trámite de oposición al convenio y al de aprobación judicial de este.

Como explica con claridad J. Quijano González: «Art. 130», en J. Sánchez-Calero, y V. Guilarte Gutiérrez (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, tomo III, Valladolid, 2004, pág. 2440, «la oposición a la aprobación judicial del convenio aceptado es el vehículo a través del cual se controla, previa formulación por los interesados, la legalidad del convenio aceptado, tanto en su contenido intrínseco como en la corrección del proceso que conduce a su aceptación por adhesiones o en Junta de acreedores, y, en su caso, la oportunidad de su cumplimiento cuando éste resulte objetivamente inviable. Los criterios de rigor, seguridad y rapidez con que el sistema concursal trata de resolver este trance conducen a una regulación estricta de la oposición a la aprobación judicial una vez que el convenio es mayoritariamente aceptado, lo que explica y justifica las limitaciones en cuanto a plazo, causas, legitimación, o efectos incorporadas a tal regulación. El modelo legal parte de una intencionalidad evidente en cuanto al mantenimiento del convenio aceptado, y la configura técnicamente como una presunción de corrección con este desarrollo: el convenio aceptado por mayoría se presume legal en su contenido, correcto en cuanto al proceso de formación de la voluntad de aceptación y viable en cuanto a su cumplimiento».

Siendo ello así, respecto de quienes tienen legitimación para formular oposición, puede considerarse igualmente razonable limitar la posibilidad de recurrir en apelación la sentencia aprobatoria del convenio a quienes formularon dicha oposición en los términos legalmente previstos. Se trata, realmente, de una cuestión de legitimación, de manera que, quienes teniendo la facultad de oponerse al convenio no lo hicieron, no podrán después recurrir en apelación la sentencia que aprobó el convenio sin oposición².

Así las cosas, se viene entendiendo de forma mayoritaria en la doctrina que, en línea de principio, el acreedor que no formuló oposición al convenio

² En este sentido, cabe recordar que las sentencias que aprueban un convenio sin oposición «no tienen un carácter contradictorio, se limitan a homologar un convenio que ha obtenido la mayoría de las adhesiones exigidas (si es anticipado) o que ha sido aceptado en Junta de acreedores, sin que en ningún caso el Juez pueda modificarlo. Esto ha de afectar forzosamente a la legitimación para interponer el recurso de apelación, debiendo sostenerse que quien no ha impugnado el convenio en tiempo y forma, no puede pretender oponerse al mismo a través del recurso de apelación contra la sentencia que lo aprueba sin previa oposición. En este mismo sentido ha venido a pronunciarse la jurisprudencia menor como la SAP de Murcia, sección 4.ª, de 25 de octubre de 2007, o la SAP de Asturias, sección 1.ª, de 22 de marzo de 2007» (F. J. Menéndez Estébanez: *La oposición en la aprobación del convenio concursal*, Valencia, 2009, pág. 153).

estando legitimado para ello no podrá recurrir en apelación la sentencia de aprobación de ese convenio. Es la posición, por ejemplo, de F. Cerdón Moreno: «La intervención judicial en el convenio», en *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVIII, pág. 232, para quien no pueden recurrir dicha sentencia «ni los acreedores adheridos o que votaron a favor (que están vinculados por los actos propios y no son perjudicados por la sentencia) ni tampoco los no adheridos o que votaron en contra ni, en general, quienes estaban legitimados para oponerse a la aprobación judicial del convenio y no lo hicieron; siempre, por supuesto, que el recurso se pretendiera fundar en alguno de los motivos previstos como causa de oposición en la Ley (art. 128 - contenido del convenio, forma y contenido de las adhesiones o constitución o celebración de la junta). Quien no ha impugnado en tiempo y forma el convenio no puede pretender posteriormente oponerse al mismo a través de recurso de apelación».

La expuesta es también la tesis que, con la excepción que después se indicará, se ha ido imponiendo en la práctica judicial. Pueden citarse, en este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de marzo de 2007 y de la Audiencia Provincial de Murcia de 25 de octubre de 2007 (AC 2008/249) y 13 de mayo de 2010 (Jur. 2010/239614).

No pueden, sin embargo, dejar de formularse matices a la anterior posición general. Según esa tesis, el acreedor que votó en contra pero no formuló oposición no puede recurrir en apelación para fundamentar el recurso en alguno de los motivos de oposición previstos por la Ley. Nada debería impedir, sin embargo, que pudiera interponer apelación por razones distintas de esos motivos. El problema es que se antoja difícil identificar posibles motivos de apelación contra la sentencia aprobatoria del convenio distintos de los establecidos como motivos de oposición al convenio en el artículo 128.1 III LC y en el artículo 128.2 LC. Los supuestos serían en cualquier caso residuales³.

³ F. Cerdón Moreno, *op. cit.*, pág. 232, señala que dicha posibilidad «sólo se dará en estos dos casos: 1) en aquellos (que son impensables) en que el Juez apruebe un convenio sin reunir la mayoría de las adhesiones o que no haya sido aceptado por la Junta, en los que cabría plantear una discrepancia contra la resolución judicial apta para fundamentar el recurso, siempre que se admitiera que los legitimados para interponerlo no pudieron plantear oposición por no estar tal causa entre las legalmente previstas en el art. 128.1, III; y 2) si se admite que la resolución judicial se limita a homologar un convenio (sin añadirle nada) que puede ser atacado por vicios distintos de los que configuran las causas de oposición legalmente previstas».

Por otro lado, cabe preguntarse si acreedores que no reúnan las condiciones previstas en el artículo 128.2 LC (aquellos que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios) podrían recurrir en apelación la sentencia de aprobación por entender que el convenio es de cumplimiento objetivamente inviable. La respuesta, en principio, parece negativa, porque lo contrario supondría extender indirectamente la legitimación para la oposición al convenio por este motivo de una manera distinta a la buscada por el legislador, que quiso que solo los acreedores titulares de al menos el cinco por ciento de los créditos ordinarios puedan oponerse al convenio por considerarlo objetivamente inviable. Sobre esta causa de oposición al convenio se volverá más adelante.

Cosa distinta es también que, a pesar de no haberse formulado oposición en tiempo y forma, y habida cuenta de que también entonces el juez puede rechazar de oficio el convenio aceptado si se dan las circunstancias del artículo 131 LC, existan interesados en estimular tal atribución judicial, por ejemplo, poniendo en conocimiento del juez infracciones de las que han sido conocedores con posterioridad al plazo de oposición o que, conociéndolas antes, no pudieron alegar como causa de oposición porque no presentaron la denuncia previa del artículo 128.4 LC, lo que, en todo caso, es un aspecto del rechazo de oficio como excepción a la aprobación automática en defecto de oposición.

Pero, sobre todo, es preciso destacar que la solución a que se está haciendo referencia no tiene respaldo unánime en la práctica judicial. En este punto, se considera de especial relevancia la Sentencia de la Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de septiembre de 2009 (Jur. 2009/471488). Prestemos atención al supuesto de hecho y a los razonamientos de esa resolución judicial. En ese caso, el abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, votó en contra de la aprobación de un convenio pero no formuló oposición. Sí, en cambio, recurrió en apelación la sentencia de aprobación del convenio. Así las cosas, el primer problema que se aborda en la sentencia es si un acreedor que no hubiese aprovechado la posibilidad de plantear el trámite de oposición podría, sin embargo, apelar luego la resolución judicial de aprobación del convenio aduciendo que no se realizó el filtro de legalidad sobre su contenido según viene exigido por la Ley. A la pregunta se da una respuesta positiva, porque se considera que «la obligación de control judicial sobre la legalidad del contenido del

convenio que exige el artículo 131 de la LC no está condicionada por la existencia o no de previa oposición a su aprobación por parte legitimada para ello sino que ha de efectuarse de oficio y de modo inexcusable por el juez». Se entiende, así, que «el juez debe efectuar siempre una labor fiscalizadora con carácter previo a dictar una posible resolución aprobatoria de un convenio concursal (arts. 130 y 131 de la LC)» y que «la manera de poder revisar si ese filtro judicial ha sido ejercido de modo correcto es el recurso de apelación, ya que así lo ha establecido el legislador al conceder en todo caso ese medio impugnatorio contra las sentencias aprobatorias del convenio (art. 197.4 de la LC), además del que está previsto en sede de oposición para las que lo rechazan (artículo 129.3 de la LC). Si, como pretenden los apelados, se negase la legitimación para apelar a los que, como la recurrente, sufren gravamen en los casos de deficiente control judicial sobre la legalidad del contenido del convenio se estaría enervando la posibilidad real de recurrir una decisión del juez que el legislador ha querido que, con independencia de que hubiese o no mediado trámite de oposición, resulte revisable en una segunda instancia».

Como puede verse, el centro de atención no se sitúa tanto en el trámite de oposición al convenio como en la obligación impuesta al juez de controlar de oficio la legalidad del convenio en los términos del artículo 131 LC. Y se convierte en relevante el antes indicado argumento relativo a la literalidad del artículo 197.4 LC, que —recuérdese— establece sin reservas o condiciones aparentes que la sentencia de aprobación del convenio es apelable.

Los razonamientos de esta sentencia no se pueden, con todo, contemplar de forma aislada, con abstracción de las circunstancias del caso, en el que, en palabras de la propia resolución, había infracciones legales «flagrantes» en cuanto al tratamiento de los créditos subordinados: «no resulta admisible que se imponga a los acreedores subordinados una quita del 70 % cuando lo que se prevé para los ordinarios es que ésta sea del 20%... En segundo término, y por las mismas razones, también supone una contravención legal que se prevea un período de espera distinto para los acreedores ordinarios y para los subordinados (en el convenio se establece veinticuatro meses para los primeros y cinco años para los segundos)». Lo que parece latir tras la solución dada al caso es que no se puede permitir el mantenimiento de un convenio que contenga infracciones legales tan graves y evidentes en su contenido, por más que ningún acreedor legitimado para ello formulase oposición. Con todo, la solución tampoco se muestra enteramente satisfactoria, porque en la práctica puede suponer que se

deje vacío de contenido el trámite de oposición al convenio. Y tampoco garantiza que se eviten situaciones de «bendición» de convenios con graves infracciones legales, que se producirían en cualquier caso si pese a esas infracciones la sentencia de aprobación del convenio no es recurrida por ninguno de los personados en el concurso.

3 · INVIABILIDAD OBJETIVA DEL CONVENIO PROPUESTO

Según se ha expuesto antes, la administración concursal y los acreedores que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del 5% de los créditos ordinarios, podrán además oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable (art. 128.2 LC).

Se trata de una causa de oposición cuya creación y formulación por la Ley Concursal ha sido objeto de encendidas y ácidas críticas por la doctrina⁴. No ha experimentado, sin embargo, modificación en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (la “Ley de Reforma Concursal”).

De las distintas cuestiones que se suscitan en relación con esta causa de oposición, se hará aquí referencia a dos. La primera, relativa a los criterios que se han venido manejando por los tribunales a la hora de delimitar su significado y alcance. La

⁴ Vid, entre muchos otros, J. M. de la Cuesta Rute: *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Navarra, 2004, págs. 181-183; F. Cerdón Moreno: «Art. 128», en VV. AA., F. Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2010, págs. 261-263; A. Díaz Moreno: «Oposición a la aprobación del convenio» (Art. 128), en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid, 2004, págs. 2164-2166; A. Gutiérrez Gilsanz: «Artículo 128», en VV. AA., J. Pulgar Ezquerro, C. Alonso Ledesma, A. Alonso Ureba y G. Alcover Garau (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid, 2004, págs. 1216-1219; A. Sala y Reixachs: «Artículo 128», en VV. AA., J. M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, A. Ferrer Barriandos (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo II, Barcelona, 2004, pág. 1388; J. Quijano González: «Artículo 128», en VV. AA., J. Sánchez-Calero y V. Guilarte: *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid, 2004, págs. 2409-2411; y R. Sánchez Aristi: «Art. 128», en VV. AA., R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Madrid, 2004, págs. 1421-1425. Las críticas más duras son probablemente las de J. M. de la Cuesta Rute, que opina que «la causa a la que se refiere el art. 128.2 LC no puede ser más que objeto de la mayor censura por implicar un atentado de fondo a la nitidez del sistema» y añade «la profunda sorpresa que se siente por el simple hecho de que exista».

segunda, atinente a la influencia que podría tener esta singular causa de oposición en una posterior sección de calificación abierta como consecuencia del incumplimiento de un convenio aprobado.

3.1 · Contenido y alcance de la causa de oposición

En cuanto se refiere a la delimitación del significado y alcance de esta causa de oposición, las dificultades que para realizar esta labor ya se vaticinaban por los primeros autores que comentaron la Ley Concursal se han visto después confirmadas en la práctica. Pueden destacarse, en este sentido, los esfuerzos realizados por la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencias de 20 de febrero de 2007 (AC 2007/1478) y 11 de junio de 2010 (Roj SAP V 3420/2010, Id. Cendoj 46250370092010100225), esta última relativa al convenio de los concursos del conocido Grupo Llanera, uno de los primeros concursos de grandes grupos inmobiliarios que se declararon en nuestro país bajo la actual Ley Concursal. En esas resoluciones se explica en primer lugar que la creación de este motivo de oposición no mereció acogida favorable de la doctrina y se indica que, como ha destacado buena parte de los autores que se han ocupado de esta materia, *«se ha de tratar de situaciones cercanas a la imposibilidad fáctica de cumplir y no sólo a la mera dificultad en el cumplimiento, por cuanto que la expresión ‘objetivamente inviable’ requiere una valoración rigurosa de la situación, una constatación muy fundada y no una mera impresión o probabilidad incierta de que no pueda llevarse a término lo convenido, ni tampoco la mera intuición o sospecha, afirmándose incluso que inviabilidad ni es dificultad, ni gran dificultad sino imposibilidad, y que además ésta ha de ser objetiva y no referida exclusivamente a las circunstancias o capacidades subjetivas o personales del concursado, sino de cualquier deudor que se encontrara en la misma situación económica»*. En este sentido, se señala también que la carga de la prueba de la inviabilidad objetiva incumbe a la parte que la alega y, en particular, *«no bastará que la parte que promueva el incidente se limite a exponer las razones por las que, a su juicio, el cumplimiento del convenio es inviable, sino que será necesario aportar elementos de prueba tendentes a poner de manifiesto aquella imposibilidad que se predica, incluso mediante la aportación de la correspondiente prueba pericial, cuando proceda»*. A modo de resumen, se concluye que en apreciación de esta singular causa de oposición se ha de tener en cuenta que *«su aplicación ha de ser excepcional y de interpretación restrictiva, lo que*

implica la adecuada constatación probatoria y la necesidad de valoración rigurosa de la situación y constatación fundada sobre la viabilidad/ inviabilidad del cumplimiento del convenio, sin que sea admisibles las meras impresiones subjetivas, las probabilidades inciertas, ni pronósticos o hipótesis aleatorias». Como puede comprobarse, se trata de unas líneas generales que sin duda pueden servir de útil guía para determinar el contenido y alcance de esta causa de oposición, pero que tampoco permiten despejar las dificultades⁵. Es más, en el caso de esas dos resoluciones judiciales la oposición basada en la inviabilidad objetiva de cumplimiento del convenio fue rechazada, en el primer supuesto por falta de prueba y en el segundo por una cuestión de legitimación, sin que, por tanto, realmente se entrase a analizar en profundidad si se daba o no la situación definida por el legislador como integrante del supuesto de hecho de esta causa de oposición.

De hecho, son muy escasos los precedentes de estimación de la oposición al convenio por esta causa. Uno de ellos es el resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca de 23 de octubre de 2007 (Roj SJM 593/2007, Id. Cendoj 07040470012007100254). La demanda de oposición fue promovida por la propia administración concursal (si bien no se aclara cuál fue el sentido de su escrito de evaluación de la propuesta de convenio). Como se explica en la sentencia, *«la concursada, para dar cumplimiento a su propuesta, contaba exclusivamente con los recursos propios obtenidos con su actividad profesional y empresarial»*, pero durante la tramitación del convenio se produjeron *«hechos realmente significativos y con trascendencia directa e inmediata en esta cuestión»*, entre los que se encontraba un *«expediente de regulación de empleo seguido como consecuencia del cese de la actividad profesional y del cierre de los locales en los que se desarrollaba la actividad empresarial»* que comportó la extinción de todas las relaciones laborales de la concursada. De manera que, en una valoración conjunta del material probatorio disponible, se concluye que la concursada *«está abocada a la liquidación, por resultar totalmente inviable su proyecto empresarial, al no poder desarrollar su actividad empresarial, por no gozar de los recursos necesarios para ello... A ello sumamos el*

⁵ Se confirma así lo que ya en su día vaticinaba J. Quijano González: *op. cit.*, pág. 2410, *«no veo sencillo predeterminedar, salvo en un nivel muy genérico, los criterios que hagan objetivamente inviable el cumplimiento de un determinado convenio»*.

que por el propio administrador de la concursada se reconoce que no se ha llevado a cabo la ampliación de capital anunciada ni la constitución de la hipoteca⁶, lo que conduce a la conclusión de que realmente no existen recursos con que afrontar el convenio aprobado, ni tampoco se ha aportado prueba alguna de que se vayan a contar con nuevos recursos con qué hacerlo, máxime cuando en unos nueve meses se deben afrontar los primeros pagos y a día de hoy no hay actividad empresarial, ni recursos con que desarrollar la misma que permitan cumplir con lo pactado». Así las cosas, «se concluye que el convenio es inviable totalmente, no se puede cumplir por razones objetivas y contrastadas, sin que nos movamos en el ámbito de la especulación. No se puede pagar lo comprometido porque no existen los recursos con que se pretendía contar, como consecuencia de que la actividad de donde debían proceder no existe ni va a existir»⁷. Como puede comprobarse, se trata de un caso límite, de verdadera inviabilidad (entendida como imposibilidad) objetiva de cumplimiento del convenio. Es a esos casos límite a los que parece razonable limitar el ámbito de esta causa de oposición.

Por otro lado, también parece razonable que en el examen de si se da o no esta causa de oposición desempeñen un papel importante el plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad contenidos en la propuesta de convenio⁸. No son pocos quienes opi-

nan que la posible inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio ha de determinarse sobre la base del análisis de esos planes. Ahora bien, las razones de la inviabilidad objetiva no tienen por qué referirse necesariamente y solo al contenido de los planes de pago y viabilidad. También pueden deberse a circunstancias que se hayan producido durante la tramitación del convenio y que hayan determinado que éste, de forma sobrevenida, se muestre de cumplimiento imposible. Conviene, no obstante, tener en cuenta que corresponde a la administración concursal emitir un informe de evaluación del contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad. Según el artículo 107 LC, en caso de propuesta anticipada de convenio, si la evaluación es favorable se unirá al informe de la administración concursal, mientras que si no lo es o contiene reservas, el juez ha de resolver si deja sin efecto la admisión de la propuesta de convenio o continúa la tramitación. En caso de propuesta ordinaria, el artículo 115 LC simplemente dispone que el escrito de evaluación se unirá al informe de la administración concursal y se pondrá de manifiesto en la secretaría del juzgado. Es decir, pese a que en la propuesta anticipada de convenio un escrito de evaluación desfavorable podría determinar que el juez dejase sin efecto su admisión, ese escrito no tiene carácter vinculante y no obsta por sí solo a que la propuesta pueda salir adelante. Y esa posibilidad no existe si la propuesta es ordinaria. Lo cierto, sin embargo, es que el escrito de evaluación puede condicionar de manera decisiva el voto de los acreedores y un eventual trámite posterior de oposición. De hecho, se antoja difícil que ante una evaluación favorable del convenio la propia administración concursal se oponga a su aprobación, salvo que ello venga justificado en circunstancias que no se pudieron tener en cuenta al emitir el escrito de evaluación. Y la relevancia de este conjunto de consideraciones no queda en el ámbito de la tramitación de una propuesta de convenio. Puede ir mucho más allá e incidir en la calificación del concurso. Esta cuestión se trata a continuación.

3.3 · Trascendencia en una posterior sección de calificación

En caso de incumplimiento del convenio, procede la liquidación de la compañía y la apertura (o reapertura, si ya la hubo por aprobarse un convenio gravoso) de la sección de calificación. Según el artículo 164.2.3.º LC, el concurso será calificado

6 Se trataba de dos elementos incluidos en la propuesta de convenio.

7 Otro ejemplo puede verse en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia de 9 de mayo de 2006 (concurso núm. 11/2005), en el que se desestima la causa de oposición por falta de legitimación activa del acreedor impugnante, pero se indica que «concurren en el presente caso razones más que suficientes que permiten dudar de la viabilidad del cumplimiento del plan presentado en su día, máxime tras conocerse la oferta de compra de los terrenos que la concursada ha hecho condicionar a la aprobación judicial del convenio, pues... el precio fijado por ello alcanzaría a satisfacer a la integridad de los acreedores concursales y contra la masa, pero no para acometer el proyecto industrial a que la concursada se comprometió en la propuesta de convenio». Pero se concluye que no cabe rechazar el convenio por la causa indicada al no haber sido formulada oposición por parte legitimada para ello, si bien ello «en todo caso facultaría a cualquier acreedor afectado para solicitar en su día el incumplimiento del convenio a tenor de lo prevenido en el artículo 140 de la Ley Concursal».

8 Vid, en este sentido, A. Núñez-Lagos: «El convenio del concurso: contenido y procedimiento», en *AJUM*, núm. 6/2003, pág. 49, quien, antes de la entrada en vigor de la Ley, ya indicaba que «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». En términos similares se pronuncia R. Sánchez Aristi: *op. cit.*, pág. 1423.

como culpable cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

Si se pone esta previsión en relación con la relativa al artículo 128.2 LC (convenio de cumplimiento objetivamente inviable), surgen determinadas cuestiones de gran trascendencia práctica. Se quiere ahora simplemente dejarlas apuntadas y aportar algunas ideas que puedan servir para su solución.

Cabría, en primer lugar, preguntarse si podrían el deudor y/o sus administradores defenderse de la posible calificación del concurso como culpable con la alegación de que el incumplimiento del convenio no les era imputable por ser de cumplimiento objetivamente inviable.

La respuesta es que, en principio, sí. La inviabilidad objetiva del convenio no es una causa de rechazo de oficio del convenio; ni siquiera se permite a cualquier acreedor oponerse por esa causa. Sólo pueden hacerlo quienes tienen la legitimación especial legalmente prevista. Es, por tanto, posible teóricamente (y seguramente también en la práctica) que la razón del incumplimiento del convenio no sea la negligencia o el dolo del deudor y/o sus administradores, sino la circunstancia de que se trataba de un convenio de cumplimiento inviable *ab initio*⁹. En tal caso, no parece que se pueda reprochar al deudor que propusiese un convenio de estas características. Habrán sido los acreedores quienes, con su voto y su falta de oposición, decidieron sacar ese convenio adelante. Otra cosa es que esa posibilidad teórica haya de cohonestarse con la obligación que tiene el deudor de pedir de «*pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél*» (art. 142.8, que pasará a ser el primer párrafo del artículo 142.2 tras la entrada en vigor de la Ley de Reforma Concursal LC) y las consecuencias que el cumplimiento o incumplimiento de ese deber pueda tener en la sección de calificación.

Como antes se explicó, también podría darse la circunstancia de que un convenio que, en el momento de su aprobación, era viable objetivamente, haya devenido inviable con posterioridad por causas o circunstancias externas o ajenas al propio convenio (por ejemplo, una crisis generalizada frente a la crisis del sector que —además de la del concursado, claro— llevó al concurso; la inviabilidad del negocio por cambio del modelo de funcionamiento del mercado, etc.). En tal caso también podría hablarse de un supuesto de incumplimiento del convenio por causa no imputable al deudor, si bien la discusión no se movería en el terreno de la inviabilidad objetiva, sino en el de la inimputabilidad¹⁰.

En todos estos supuestos, en cualquier caso, parece razonable considerar que la carga de la prueba de la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio recaería sobre el deudor, y que habría de exigirse con los mismos requisitos que para la oposición al convenio por esta causa.

Otra cuestión sería que se formulase oposición por personas legitimadas para ello y el juzgado rechazase la oposición. Cabría entonces plantearse, en caso de posterior incumplimiento del convenio, la posibilidad de discutir en sede de calificación si el incumplimiento fue por inviabilidad objetiva de cumplimiento del convenio. Parece, sin embargo, que la respuesta es negativa; que el previo pronunciamiento judicial determinaría una suerte de eficacia negativa de cosa juzgada, de manera que la cuestión no podría volver a plantearse en calificación. Aquí podría siempre llegarse a la conclusión de que el incumplimiento del convenio no fue imputable al deudor, pero no por entender que era objetivamente inviable *ab initio*.

Y, finalmente, está el papel que pueda desempeñar la actuación de la administración concursal en relación con la tramitación del convenio. Si al evaluar la propuesta de convenio y durante su tramitación la administración concursal no formuló objeciones ni se opuso al convenio por su eventual inviabilidad

⁹ La experiencia enseña que esa situación se da con más frecuencia de la que podría pensarse. No son pocos los casos, en efecto, en los que desde un primer momento, todos los agentes intervinientes en el procedimiento concursal son conscientes de que el convenio propuesto no se podrá cumplir. Y no se está haciendo referencia a situaciones de mera dificultad, por elevada que esta sea. La experiencia también muestra que en la práctica totalidad de esos supuestos se termina en la liquidación del concursado.

¹⁰ Nos movemos en el terreno de la calificación del concurso, porque, como bien indica J. Quijano González: *op. cit.*, pág. 2410, si «*se trata de circunstancias sobrevenidas que alteran las previsiones del plan de viabilidad y dificultan el cumplimiento del convenio en sus propios términos, el procedimiento concursal ya tiene prevista esa situación si, en efecto, el cumplimiento es ahora objetivamente inviable y lo que se produce es el incumplimiento: rescisión del convenio (artículo 140.4) y apertura de oficio de la liquidación (artículo 143.1.5)*».

objetiva, la pregunta es si esa inviabilidad podría discutirse durante la sección de calificación para determinar si el incumplimiento del convenio fue o no imputable al deudor. En principio, no se advierten razones que impidan esa posibilidad. Y si finalmente se determinase que el convenio era objetivamente inviable, el problema debería analizarse desde la eventual responsabilidad de los administradores

concuriales en el desempeño de su cargo, sobre todo teniendo en cuenta que su escrito de evaluación del convenio pudo determinar el voto favorable de los acreedores y que la falta de oposición por inviabilidad objetiva pudo determinar la aprobación de un convenio de imposible cumplimiento. Mas esta cuestión habría de ser tratada con la necesaria extensión en un comentario independiente.