

LA OPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL CONVENIO CONCURSAL TRAS LA REFORMA

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ

Abogado. Socio de Uría Menéndez
Profesor de Derecho Procesal IE Law School — IE University

Revistas@iustel.com

Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring 12 /2024

RESUMEN: El convenio de acreedores se concibió como la más adecuada medida de reestructuración de las empresas en crisis bajo la Ley Concursal de 2003. Las cosas empezaron a cambiar cuando se crearon los mecanismos de refinanciación extraconcursal. Al constatarse que el convenio de acreedores no había conseguido el objetivo de ser una solución a las situaciones de crisis de empresas viables, la atención comenzó a situarse en un momento temporal anterior a la apertura de un procedimiento concursal. La reforma concursal ha apostado de manera decidida por la reestructuración de las empresas viables fuera del concurso. Pero, a la vez, no ha renunciado a introducir notables modificaciones en la regulación del convenio, de manera que este pueda, llegado el caso, ser de veras un instrumento útil para la viabilidad de una empresa declarada en concurso si —por la razón que sea— la reestructuración no ha resultado posible en un momento anterior. Pasado algo más de un año de la entrada en vigor de la reforma, puede hacerse una valoración sobre si se ha conseguido o no el objetivo.

PALABRAS CLAVE: Convenio de acreedores, plan de reestructuración, venta de unidad productiva, arrastre de socios, arrastre de acreedores, modificaciones estructurales, viabilidad empresarial.

THE PRACTICAL OPERATIVITY OF THE COMPOSITION AGREEMENT AFTER THE REFORM

ABSTRACT: The composition agreement was established as the most appropriate restructuring measure under the 2003 Insolvency Law for companies in crisis. Things began to change when mechanisms for extra-insolvency refinancing were created. When it became clear that composition agreements had not achieved the aim of resolving the problems of viable companies in crisis, the focus was moved to a time period prior to the start of insolvency proceedings. The insolvency reform represents a firm commitment to the restructuring of viable companies outside insolvency proceedings. However, at the same time, it introduces significant amendments to the regulation of the composition agreement, so that it may be a useful instrument for the viability of a company declared insolvent if, for whatever reason, restructuring had not been possible at an earlier time. A little over a year after the reform came into force, an assessment can be made as to whether or not the objective has been achieved.

KEYWORDS: Composition agreement, restructuring plan, sale of a business unit, shareholders cram-down, dissenting creditors cram-down, structural modifications, business viability.

TABLA DE CONTENIDOS: I. PLANTEAMIENTO. II. PUNTO DE SITUACIÓN: EL CONVENIO ANTES DE LA REFORMA Y EL CONVENIO EN LA REGULACIÓN DE

LA REFORMA. 1. Antes de la reforma concursal. 2. Novedades en la regulación del convenio en la reforma concursal. 2.1. Modificaciones en la tramitación del convenio. 2.2. Modificaciones en el contenido del convenio. Mantenimiento del régimen de mayorías. 2.3. Otras modificaciones. Reconvenio e incumplimiento de convenio y calificación. 2.3.1. Reconvenio. 2.3.2. Incumplimiento de convenio. Calificación. III. EL PAPEL DEL CONVENIO. COMPARACIÓN CON LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. IV. ¿Y QUÉ PASA CON LAS MICROEMPRESAS? V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO¹

Desplazamiento, relegación y pérdida de protagonismo son ideas o expresiones que surgen de forma casi natural o espontánea cuando, en el contexto de la reforma concursal,² se hace una aproximación al papel que ha quedado reservado al convenio de acreedores como solución a una situación de crisis empresarial.

Los actores principales de la reforma han sido dos: planes de reestructuración (libro II TRLC) y procedimiento especial para microempresas (libro III TRLC). Esto también es conocido, pero se considera de interés resaltarlo porque permite establecer el punto desde el que se ha de analizar la cuestión central objeto de este comentario.

La reforma, en efecto, ha establecido un nuevo marco legal de reestructuraciones en España mediante la introducción de los planes de reestructuración, incorporando así a nuestro ordenamiento la denominada Directiva de reestructuraciones e insolvencias. También ha incorporado un nuevo procedimiento especial (exclusivo y excluyente) para aquellas empresas que constituyen, cuantitativamente, la mayoría del tejido empresarial español (las denominadas microempresas).

Al margen de esos dos grandes grupos de novedades (Derecho preconcursal y procedimiento especial para microempresas), nos encontramos con relevantes modificaciones en los distintos hitos o elementos que integran el procedimiento concursal. En particular, la regulación del convenio concursal, contenida en el título VII del libro primero (artículos 315 a 405 TRLC). Las novedades introducidas en esta materia tienen que ver, directa o indirectamente, con ese desplazamiento o transformación del protagonismo de los distintos instrumentos preconcursales y concursales con el fin de conseguir una solución a los deudores en situación de crisis. Y más allá de las concre-

¹ En este apartado introductorio doy las gracias a mi compañera María Villanueva por su valiosa ayuda en la recopilación de materiales para la preparación de este comentario.

² Como es evidente, nos referimos a las modificaciones introducidas en el texto refundido de la Ley Concursal ("TRLC") por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (la "Ley de reforma", la "Ley 16/2022", la "reforma concursal" o, simplemente, la "reforma").

tas novedades atinentes al convenio, las incorporadas en esas otras dos grandes materias son muy relevantes para concretar en qué lugar queda el convenio de acreedores.

En este marco, el objeto del presente trabajo es describir las principales modificaciones introducidas por la reforma en materia de convenio y realizar una valoración del papel y de la función del convenio transcurrido algo más de un año de vigencia de la reforma, en comparación con los planes de reestructuración. Terminaremos con una breve referencia a la situación de las denominadas microempresas³.

II. PUNTO DE SITUACIÓN: EL CONVENIO ANTES DE LA REFORMA Y EL CONVENIO EN LA REGULACIÓN DE LA REFORMA

1. Antes de la reforma concursal

Mucho se escribió y se ha escrito con ocasión de la reforma. En cuanto se refiere al convenio, los comentarios han dedicado especial atención a su papel en la regulación anterior a la Ley 16/2022, como antecedente lógico que permite ver de dónde venimos y encontrar una explicación a las modificaciones introducidas. Transcurrido casi un año y medio desde la entrada en vigor de la reforma, la atención se ha de centrar en esas modificaciones y en cómo han incidido en el funcionamiento del convenio.

En este marco, conviene recordar que el convenio de acreedores se concibió como la principal y más adecuada medida de reestructuración de las empresas en crisis bajo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (la “Ley Concursal de 2003”), y que esa misma idea inspiró las diferentes modificaciones que en la regulación del convenio se introdujeron a lo largo de los años en las muy numerosas reformas que experimentó la Ley Concursal de 2003. En el plano normativo, las cosas empezaron a cambiar cuando se crearon los mecanismos de refinanciación extraconcursal y la atención co-

³ Sobre este tema, en el número monográfico de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* sobre la reforma concursal, escribió quien al tiempo de su redacción era mi compañero: RUBIO SANZ, J. (2022), “El nuevo convenio tras la reforma concursal: ¿una alternativa para la reestructuración?”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 170-190. Él trató este tema justo tras la aprobación de la reforma. Ahora me ha correspondido a mí, para hacer balance un año y unos meses después de su entrada en vigor. Como se verá, comparto muchas de sus acertadas valoraciones y pronósticos. Para la elaboración de este trabajo se han tenido en cuenta también los análisis de GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2023a y b), “Del convenio” (arts. 319 y ss. TRLC), en PULGAR EZQUERRA, J., GUTIÉRREZ GILSANZ, A., MEGÍAS LÓPEZ, J. y RECAMÁN GRAÑA, E. (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid, La Ley, pp. 1643-1829, y “El convenio concursal como mecanismo de reestructuración”, en *Almacén de Derecho*, 24 de noviembre de 2023 ([El convenio concursal como mecanismo de reestructuración — Almacén de Derecho \(almacendederecho.org\)](https://almacendederecho.org)); GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN, P. S. (2022), “El convenio en la nueva regulación del concurso de acreedores”, en PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N. (dirs.), *Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 165-184; y SÁNCHEZ CALERO, J. (2023), “La modificación del convenio”, en *Anuario de Derecho Concursal*, 59.

menzó a situarse en un momento temporal anterior a la apertura de un procedimiento concursal. Esa transición vino acompañada, precedida o motivada (o las tres cosas a la vez) por la constatación de que el convenio de acreedores, en su regulación original y en la resultante de las reformas, no había conseguido el objetivo de ser una solución a las situaciones de crisis de empresas viables. La inmensa mayoría de los procedimientos concursales desembocaban directamente en la liquidación y, en los pocos casos en los que se alcanzaba un convenio, frecuentemente este se incumplía con posterioridad. El análisis de las causas podría dar lugar a un comentario o incluso una monografía independiente. Bastará en este lugar —con el riesgo de incurrir en una simplificación excesiva— con señalar que a esa situación habían contribuido, en no menor medida, determinadas rigideces de la regulación anterior en aspectos de tipo procesal y en cuestiones atinentes al contenido mismo del convenio. Algunas de esas rigideces se fueron eliminando o suavizando en las sucesivas reformas normativas⁴, pero es evidente que no fueron suficientes y que no permitieron cambiar la tendencia, ya instalada, de no contemplar el convenio como una solución.

2. Novedades en la regulación del convenio en la reforma concursal

Como se ha adelantado, la reforma concursal dio un golpe de timón decidido a favor de los planes de reestructuración como instrumento más adecuado para hacer frente a las situaciones de crisis de empresas viables, y lo hizo en el marco de la Directiva de reestructuraciones e insolvencia.

El tratamiento dado al convenio incorporaba una dosis de crudo realismo en la pérdida de confianza que el legislador, después de muchos años de vigencia de la Ley Concursal de 2003, tiene en el convenio como mecanismo de solución de la crisis del deudor. Ya no se confía (o no se confía tanto) en el convenio. El protagonismo —es un hecho— se ha trasladado a los planes de reestructuración. Pero, al mismo tiempo, no se ha renunciado a tratar de mejorar la regulación del convenio, con el objetivo declarado en la exposición de motivos de la Ley 16/2022 de *“incrementar su eficiencia, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea”*. De hecho, en realidad, el desplazamiento del protagonismo no viene motivado tanto por los cambios en la regulación del convenio, sino por la propia incorporación de la regulación de los planes de reestructuración. En este marco, puede adelantarse que, como se analizará a continuación, los cambios introducidos hacen realmente del convenio un instrumento más ágil y eficaz, en contraposición con su diseño anterior.

⁴ Por ejemplo, mediante la posibilidad de simultanear la fase común y la fase de convenio si las impugnaciones contra la lista de acreedores y/o el inventario de bienes y derechos formuladas como provisionales por la administración concursal no superaban el 20% del valor total del pasivo y/o del activo.

2.1. *Modificaciones en la tramitación del convenio*

Hay tres grandes novedades en el régimen de tramitación del convenio de acreedores.

La primera es la supresión de la figura del convenio anticipado, una de las medidas estrella de la Ley Concursal de 2003, que apenas fue utilizada en casi veinte años de vigencia de la norma. Con el objetivo de agilizar la tramitación del convenio, la segunda de las grandes novedades consiste en la posibilidad de presentar una propuesta de convenio desde la misma solicitud (en el caso del deudor) o desde la declaración de concurso (en el caso de los acreedores que representen una quinta parte del pasivo) y hasta los quince días siguientes a la fecha de presentación del informe de la administración concursal con el inventario y la lista de acreedores provisionales, salvo que el deudor hubiera pedido la liquidación. No habrá que esperar a que los textos sean definitivos para que eventuales propuestas de convenio se admitan a trámite por el Juzgado si cumplen los requisitos de tiempo, forma y contenido, lo que dará lugar a la apertura del plazo para que los acreedores se adhieran u opongan a la propuesta o propuestas de convenio presentadas (artículos 337 y 338 TRLC). Si pasado el plazo indicado no se hubiera presentado o admitido ninguna propuesta de convenio, el juez, de oficio, declarará la apertura de la fase de liquidación (artículos 339 y 340 TRLC).

También responde a esa misma finalidad la tercera novedad que se quiere destacar: la supresión de la junta de acreedores en favor de un régimen de participación directa (adhesión) por parte de estos que se tramitará por escrito (artículos 351 a 361 TRLC). En este nuevo régimen, los acreedores, con sujeción al importe y clase de los créditos comunicados por el deudor o los incluidos en la lista de acreedores (si la adhesión tuviera lugar después de su presentación), podrán adherirse u oponerse por escrito a la propuesta o propuestas de convenio durante los dos meses siguientes a contar desde la fecha de la admisión a trámite de cada una de ellas.

Estas y otras modificaciones arrojan como resultado un proceso de tramitación del convenio más eficiente, aclarándose el itinerario, según un orden cronológico, como se puede advertir en la secuencia que seguidamente se describe.

- El convenio, como se ha señalado, se puede presentar desde la solicitud de concurso (por el deudor) o desde su declaración (deudor o acreedores) (arts. 337 y 338 TRLC) y hasta quince días después de la presentación del informe de la administración concursal, siendo los sujetos legitimados los mismos. Si lo presentan los acreedores, el porcentaje de sus créditos sobre el pasivo se calculará con la lista de acreedores provisional emitida por la administración concursal en caso de que la propuesta de convenio se presente dentro de los quince días siguientes, o si se hubiera presentado antes, con la lista de acreedores presentada con la solicitud de concurso. Con ello, se introduce certeza respecto del momento temporal en el que se puede presentar una propuesta de convenio.

- Si se inadmite a trámite la propuesta de convenio o no se presenta ninguna, el juez, de oficio, decretará la apertura de la fase de liquidación (arts. 339 y 340 TRLC).
- Si la propuesta de convenio se hubiera presentado por el deudor con la solicitud de concurso, el juez resolverá sobre su admisión a trámite en el mismo auto de declaración del concurso. Si se hubiera presentado después de la declaración de concurso, el juez resolverá sobre su admisión a trámite mediante auto, que debería dictarse en los tres días siguientes al de la presentación de la propuesta (art. 343 TRLC). Parece que cada propuesta ha de ser objeto de una resolución sobre admisión independiente y que no es necesario para ello esperar a que expire el plazo límite de los quince días siguientes a la emisión del informe de la administración concursal.
- Contra la resolución judicial sobre admisión o inadmisión de la propuesta de convenio solo cabe recurso de reposición, sin que el auto resolutorio del recurso sea susceptible de recurso. Se introduce así certeza sobre el régimen de recursos, y la cuestión se zanja con el recurso de reposición (art. 345 TRLC).
- Las propuestas de convenio no podrán modificarse ni revocarse después de admitidas a trámite, aunque el concursado podrá dejarlas sin efecto en cualquier momento solicitando la liquidación de la masa activa (art. 346 TRLC).
- En la resolución que admita a trámite cualquier propuesta de convenio se acordará dar traslado de la propuesta a la administración concursal, que dispondrá de un plazo improrrogable de diez días para su evaluación (art. 347 TRLC).
- Como se ha anticipado, ya no hay junta de acreedores, lo que elimina cualquier posible incertidumbre anudada a la fecha de celebración de la junta. Las propuestas se tramitan por escrito, mediante adhesión de los acreedores, que disponen de un plazo de dos meses desde la admisión a trámite para adherirse u oponerse a la propuesta. Si el término final venciera después del plazo legal para la presentación de la lista provisional de acreedores por la administración concursal, el plazo para la adhesión o la oposición se prorrogará automáticamente hasta los quince días siguientes a la fecha de presentación de la lista provisional (art. 358 TRLC).

El plazo lo puede finalizar anticipadamente el concursado mediante simple comunicación al Juzgado, tan pronto como las adhesiones a una propuesta del propio concursado sean suficientes para alcanzar la mayoría legal de aprobación que corresponda.

El concursado también podrá solicitar una prórroga del plazo de adhesiones, que no podrá exceder de otros dos meses adicionales y consecutivos, si existe causa justificada y esta queda suficientemente acreditada. Es sin duda una medida destinada a favorecer la consecución de las mayorías necesarias para la aprobación de un convenio cuando existe realmente la oportunidad para ello y es necesario disponer de más tiempo. No se contempla, sin embargo, la posibilidad de que los acreedores puedan pedir el fin de la prórroga.

- La regulación de las adhesiones se simplifica y moderniza, con reglas claras y precisas para el caso de acreedores titulares de créditos de diversa clase (privilegiados y ordinarios) y para los acreedores sindicados (arts. 353 y 356 TRLC). También se contempla el supuesto de varias propuestas de convenio: los acreedores pueden adherirse a una sola, a varias o a todas expresando el orden en el que debe computarse la adhesión y aplicándose el orden legal de verificación de las propuestas, si nada se establece.

Las adhesiones serán puras y simples, sin modificaciones ni condiciones, y podrán realizarse por escrito en forma ológrafa o de forma electrónica mediante certificado cualificado que se entregará o remitirá a la administración concursal (art. 355 TRLC). Ya no se exige que consten en instrumento público o se hagan en comparecencia ante el letrado de la administración de justicia.

- La revisión de las adhesiones corresponde a la administración concursal, y ya no a la oficina judicial. El administrador concursal, al día hábil siguiente al de la finalización del plazo de adhesión, presentará un escrito en el juzgado poniendo de manifiesto el resultado de las adhesiones. El escrito se remitirá al concursado y a los acreedores de cuya dirección electrónica tenga conocimiento y quedará de manifiesto en la oficina judicial para su examen por los personados en el procedimiento concursal (art. 361 TRLC).
- De existir varias propuestas de convenio admitidas a trámite, primero se verificará si la presentada por el deudor es aceptada. Si no lo fuera, se verificarán las presentadas por los acreedores que el deudor hubiera aceptado, siguiendo el orden que resulte de la cuantía mayor o menor del total de los créditos de quienes las hubieran presentado (art. 379 TRLC).
- El letrado de la administración de justicia proclamará el resultado de las adhesiones a la propuesta aceptada mediante decreto, en el que se informará del derecho de oposición a la aprobación judicial por los legitimados (art. 380 TRLC).
- El trámite siguiente es el de oposición. Aquí hay dos novedades importantes (art. 383. 2.º y 6.º TRLC).

Por un lado, se incorpora el denominado test de resistencia en el motivo de oposición relativo a las adhesiones, de manera que la oposición solo podrá fundarse en la infracción de las normas sobre la forma y el contenido de las adhesiones, cuando las adhesiones en que se hubiera producido esa infracción hubieran sido decisivas para la aceptación de una propuesta de convenio.

Por otro lado, la reforma consagra, también en sede de convenio, el test del mejor interés de los acreedores al abordar el régimen de oposición a la aprobación. Así, el nuevo texto, al igual que a la hora de impugnar judicialmente el auto de homologación de un plan de reestructuración —*vid.* artículo 654 TRLC—, establece que cualquier acreedor que no se hubiera adherido a la propuesta aceptada podrá oponerse al convenio cuando pudiera obtener en la liquidación de la masa activa una cuota de satisfacción en cualquiera de los créditos

de que fuera titular superior a la que obtendría con el cumplimiento del convenio.

- La tramitación termina con la aprobación o rechazo judicial del convenio. La regulación se mantiene en lo sustancial, con alguna aclaración. La sentencia que estime la oposición declarará rechazado el convenio y será susceptible de recurso de apelación, al igual que la sentencia de aprobación del convenio⁵. También se contempla la posibilidad de rechazo de oficio del convenio aceptado por los acreedores si el juez apreciare la existencia de motivo de oposición, aunque esta no hubiera sido presentada o lo hubiera sido por motivo distinto a aquel en el que se fundamenta el rechazo (art. 392 TRLC).
- Las reglas sobre eficacia y extensión del convenio se mantienen también, con algunos cambios atinentes al contenido del convenio y al tratamiento de determinados créditos que se analizarán más adelante.

Como puede verse, la tramitación del convenio discurre de un modo más lineal, claro, objetivo y breve. Sin duda, puede haber aspectos mejorables, pero en términos generales puede decirse que la regulación de la tramitación del convenio tiene ahora un diseño mejor, más acabado y ajustado a la finalidad proclamada en la exposición de motivos de la Ley 16/2022.

La crítica que se ha efectuado es que el sistema gira en torno a una lista de acreedores que es provisional y, por tanto, susceptible de impugnación y posterior modificación. De hecho, el artículo 360.3 TRLC dispone que, una vez aprobado el convenio, aunque la sentencia que recaiga en el incidente de impugnación de la lista modifique el importe o la clase del crédito, la adhesión efectuada en tiempo y forma no podrá ser revocada. Podría darse el supuesto de que, posteriormente a la aprobación judicial del convenio, la lista de acreedores experimente modificaciones relevantes a raíz de las impugnaciones, con la consecuencia de que el resultado de esas modificaciones pudiera haber tenido impacto en la consecución de las mayorías necesarias para la aprobación o rechazo del convenio. El legislador, consciente de ese riesgo, ha decidido, sin embargo, apostar por la agilidad en la tramitación del convenio y por su eficacia, y para ello ha optado por confiar en unos textos que, en cuanto provisionales, pueden sufrir cambios, pero que, de producirse, ya no influirán en la validez de la aprobación del convenio.

Se trata de una medida de política legislativa a la que no es difícil reconocer una justificación válida y legítima, sobre todo si se tiene en cuenta que, para los planes de reestructuración, la determinación de las clases de acreedores (definidas en principio según su rango concursal) y de las mayorías necesarias se hace por el experto en la reestructuración sobre la base de la

⁵ El artículo 391 TRLC se refiere de forma expresa a la sentencia que estime la oposición y dispone que contra esa sentencia podrá interponerse recurso de apelación. En rigor, esta precisión era innecesaria porque la regla general en materia de recursos del artículo 547 TRLC es que contra las sentencias dictadas por el juez del concurso cabrá recurso de apelación. Hay que entender, por aplicación de esa regla y aunque no haya una referencia expresa en la regulación del convenio como la del artículo 391 TRLC, que la sentencia de aprobación del convenio también es susceptible de recurso de apelación.

información proporcionada por el deudor y de la obrante en su contabilidad. En sede de convenio, la lista de acreedores provisional es elaborada por la administración concursal con la información y documentación del deudor, pero también con la proporcionada por los acreedores en la comunicación de sus créditos. Además, el artículo 289 TRLC establece un trámite de revisión del proyecto de lista de acreedores antes de su presentación al juez, que permite la corrección de errores y la solución de posibles discrepancias. El legislador ha considerado, así, acertadamente que los supuestos de posibles impugnaciones de la lista provisional con relevancia real en la obtención de las mayorías precisas para la aprobación de un convenio serán normalmente excepcionales y residuales y que su sacrificio está justificado en aras de una mejora en la tramitación de los convenios de acreedores.

2.2. *Modificaciones en el contenido del convenio. Mantenimiento del régimen de mayorías*

La regulación del contenido del convenio y de las mayorías necesarias para su aprobación y arrastre o vinculación de los acreedores disidentes se mantiene en sus términos esenciales.

Sigue existiendo un régimen de dobles mayorías: una para que el convenio se apruebe con carácter general y vincule a los créditos ordinarios y subordinados (que siguen sin poder votar) y otra especial para poder arrastrar a los créditos privilegiados dentro de su clase. Las mayorías dependen del tipo de medida de reestructuración de que se trate⁶, sin introducirse novedades en este ámbito.

Tampoco hay modificaciones en el contenido permitido del convenio, en el que impera la flexibilidad: quitas (sin límite); esperas (con un máximo de diez años, a diferencia de los planes de reestructuración, en los que no hay límite); cesiones en o para pago de bienes; convenio por asunción para la venta del negocio o unidad productiva a un tercero; la conversión de los créditos en acciones o participaciones del propio deudor o de otra sociedad, créditos participativos, créditos subordinados, créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento con características, rango o vencimiento distinto; o la cesión de acciones rescisorias o de los efectos de la reintegración. Asimismo, se mantiene sin modificaciones la regulación del contenido prohibido.

En cuanto a la financiación nueva, si el convenio contiene propuestas de compromisos de financiación, de prestar garantías o de asumir cualquier otra obligación, deberá firmarse por los obligados. Esta financiación será un crédito contra la masa en caso de liquidación futura por incumplimiento del convenio, incluyendo también la prestada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siempre que en el convenio conste la identidad del obligado y la cuantía máxima a conceder (novedad introducida en 2020 tras la pandemia, que se mantiene). Se introduce así con la reforma un mejor tratamiento comparado con el dado con carácter general a los créditos pos-

⁶ Vid. RUBIO SANZ, J. (2022), p. 178.

teriores al convenio, que han pasado a ser concursales bajo el nuevo artículo 414 bis TRLC.

No obstante y aun cuando la regulación del contenido y régimen de mayorías de aprobación del convenio se mantienen sin modificaciones, se han introducido también algunas novedades de importancia.

Una de ellas es el tratamiento de los aumentos de capital contemplados como contenido del convenio (art. 399 bis TRLC). Si el convenio en que se hubiera previsto la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad deudora fuera aprobado por el juez, los administradores de la sociedad deudora estarán facultados para aumentar el capital social en la medida necesaria para la conversión de los créditos, sin necesidad de acuerdo de la junta general de socios. En la suscripción de las nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones, los socios no tendrán derecho de preferencia.

En este caso, como puede comprobarse, al contar el convenio con la aprobación judicial, la competencia para la adopción del acuerdo de aumento de capital se desplaza de la junta a los administradores⁷. Asimismo, se aclara que los socios no tendrán derecho de preferencia, si bien lo cierto es que no hay referencia específica a la supresión de este derecho en las denominadas operaciones acordeón, como sí la hay a ese caso en la regulación de los planes de reestructuración en el artículo 631.4 TRLC. Desde la perspectiva del papel del socio, la medida es así mucho más severa en sede de convenio que en sede de planes de reestructuración, en los que, como es sabido, se mantiene la competencia de la junta para la adopción del acuerdo, con las especialidades establecidas en el artículo 631 TRLC⁸.

Por otro lado, se establece que, aunque los estatutos sociales contengan cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones, las nuevas que se emitan en ejecución del convenio serán libremente transmisibles por actos *inter vivos* hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el registro mercantil. Las nuevas participaciones sociales que se creen en ejecución del convenio serán libremente transmisibles hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el registro mercantil. Se persigue así facilitar la libre transmisibilidad de las nuevas acciones o participaciones y, con ello, su circulación, como medida que puede hacer más atractiva la decisión de convertir créditos en acciones o participaciones.

⁷ No se han modificado, sin embargo, los artículos 327 y 328 TRLC, relativos a la propuesta de convenio de contenido alternativo con conversión de créditos en acciones o participaciones. El apartado 2 del artículo 328 TRLC dice que “*para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad concursada no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales*”. Esta previsión parece entrar en contradicción con la del artículo 399 bis del TRLC, salvo que se entienda que las dos opciones son posibles: sometimiento a la junta (sin mayorías reforzadas) o decisión directa de los administradores, sin necesidad de acuerdo en junta. *Vid.*, sobre esta cuestión, GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2023a), p. 1682.

⁸ *Vid.*, con más amplitud, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2022), “El papel del socio en la reestructuración”, en COHEN BENCHETRIT, A. (dir.), *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 1207-1251.

Se mantiene la posibilidad de incluir modificaciones estructurales como contenido del convenio (fusión, absorción o cesión global del activo o del pasivo del concurso)⁹, introduciéndose tres novedades. Se prohíbe que la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria puedan llegar a tener un patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural (art. 317 bis.2 TRLC). En línea con lo establecido para los planes de reestructuración en el artículo 631.3 TRLC, se dispone que los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición¹⁰. Y se aclara que la inscripción de la modificación

⁹ El artículo 317.3 TRLC dispone que *“en la propuesta de convenio podrá incluirse la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada”*. La redacción es casi idéntica a la de la primera frase del artículo 317 bis.1 TRLC: *“en la propuesta de convenio podrá incluirse la fusión, escisión o cesión global de activo o pasivo de la persona jurídica concursada. En ese caso la propuesta deberá ser firmada, además, por los respectivos representantes, con poder suficiente, de la entidad o entidades que sean parte en cualquiera de esas modificaciones estructurales”*. Hay, sin embargo, una diferencia: la propuesta puede contener una modificación ya acordada por las entidades implicadas o la posibilidad de que se realice. Como aclara GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2023a), p. 1655, *“de la lectura conjunta de los arts. 317.3 TRLC y 317 bis TRLC se puede deducir que en la propuesta de convenio puede incluirse tanto la modificación de la persona jurídica concursada ya acordada en las entidades implicadas, como la posibilidad de que se realice, esto es, que la propuesta incluya un proyecto de modificación estructural que afectará a la persona jurídica concursada”*. En los mismos términos lo explica GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN, P. S. (2022), cuando señala, al comentar el artículo 317 bis.1 TRLC, que *“la frase antes transcrita trata de acotar frente a los más amplios términos del artículo 317. 3 el supuesto de una propuesta de convenio en la que ya se contienen, y así se ofrece a los acreedores, todos los elementos de una modificación estructural cuya formalización y consumación pende de la aceptación y aprobación judicial de la propuesta. Por eso impone que sea también firmada, además de por las personas a que se refiere el artículo 316, ‘por los respectivos representantes, con poder suficiente, de la entidad o entidades que sean parte en cualquiera de esas modificaciones estructurales’, bien entendido que la virtualidad de ese compromiso no alcanzará para eludir, en general, el cumplimiento de los requisitos legales sobre el proyecto y el acuerdo de fusión, y en particular la conformidad, mediante acuerdo de la junta, de los socios o accionistas (artículos 39 y ss. de la LME). No por ello cabrá entender, lógicamente, que se trate de una propuesta condicionada que, a tenor del artículo 319. 1, habría que tener por no presentada”*.

¹⁰ Artículo 399 ter.1 TRLC. En su redacción dada por la Ley 16/2022, la norma indicaba que *“en el caso de que el convenio previera la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición”*. En la actualidad y como consecuencia de la modificación introducida por la norma que en el propio precepto se indica, reza de la siguiente forma: *“en el caso de que el convenio previera una modificación estructural los acreedores concursales no tendrán los derechos de tutela individual reconocidos en el libro primero del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”*. La eliminación de esos derechos de tutela individual de los acreedores concursales tiene su justificación en que, como ha explicado GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN, P. S. (2022), *“el propio acuerdo colectivo de aceptación del convenio, el que propicia su aprobación judicial, es así el vehículo de expresión del derecho de oposición de los acreedores, con técnica similar a la que la propia LME establece para los obligacionistas (artículo 44. 2 LME) pues, cuando la fusión ha sido aprobada por la asamblea de obligacionistas, ya no ostentarán individualmente derecho de oposición”*. Adviértase que la norma se refiere a los acreedores concursales, no, en principio, a los acreedores de la masa.

estructural que produzca la extinción de la sociedad en concurso será causa de conclusión del propio concurso (art. 399 ter.2 TRLC).

El tratamiento de los créditos subordinados también ha experimentado una reforma importante. Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios. Su pago se realizará a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios. Sin embargo, los plazos anuales de espera para los créditos ordinarios se computarán como plazos trimestrales de espera para los subordinados desde el cumplimiento del convenio, sin que pueda ser superior a diez años el plazo de espera para todos los acreedores (art. 396 TRLC).

Hay, finalmente, modificaciones atinentes a los créditos públicos y laborales. Se prohíbe que puedan verse afectados por un cambio en la ley aplicable, por el cambio del deudor (sin perjuicio de que un tercero asuma la obligación de pago sin liberación del concursado), por la modificación o extinción de las garantías que tuvieren o por la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o rango distinto. Cabe, sin embargo, que experimenten quitas y esperas, dentro de los límites generales. Como novedad, también se prohíben quitas o esperas sobre los créditos correspondientes a los porcentajes de cuotas de la seguridad social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como respecto de los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Como puede comprobarse, en la materia analizada (mayorías y contenido del convenio), el legislador ha optado por una línea continuista, aunque se han introducido modificaciones en relación con las medidas de tipo societario (modificaciones estructurales y aumentos de capital para capitalización de créditos) destinadas a facilitar la adopción de dichos acuerdos, en términos coherentes con lo establecido al respecto para los planes de reestructuración. Y lo mismo se ha hecho en la protección de los créditos públicos y laborales, en forma semejante a la solución propuesta para los planes de reestructuración.

2.3. *Otras modificaciones. Reconvenio e incumplimiento de convenio y calificación*

2.3.1. Reconvenio

La posibilidad de modificación del convenio se generaliza¹¹. Así, como se establece en el nuevo artículo 401 bis TRLC, transcurridos dos años desde

¹¹ Como explica RUBIO SANZ, J. (2022), p. 187, la posibilidad de modificar un convenio (o reconvenio) en vigor fue permitida por la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, para el caso de convenios incumplidos en los dos años siguientes a la entrada en vigor de la norma, a solicitud del deudor o de acreedores que representasen al menos el 30% del pasivo total existente al tiem-

su vigencia, el deudor —que no los acreedores— podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en riesgo de incumplimiento por causa que no le sea imputable a título de dolo, culpa o negligencia y siempre que se justifique debidamente que la modificación resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa.

En ningún caso se admitirá que, modificado el convenio, el concursado proponga nueva modificación, a diferencia de lo que ocurre con los planes de reestructuración, en los que solo existe una prohibición de presentación de una nueva solicitud de homologación hasta que transcurra un año a contar desde la fecha de la solicitud de homologación del plan anterior (art. 664 TRLC). Pero, respetando ese límite, no se impide el planteamiento de sucesivos planes de reestructuración, con independencia de los motivos o causas que hayan determinado la necesidad o conveniencia del nuevo plan. No es el caso del convenio, en el que solo hay una oportunidad de modificación.

En la tramitación de la propuesta de modificación, el cómputo de las mayorías necesarias para su aprobación se establecerá atendiendo a los importes de los créditos que queden pendientes de pago, conforme a lo que resulte del convenio que se propone modificar. Pero la modificación no afectará a los créditos devengados o contraídos durante el período de cumplimiento del convenio originario, ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o que se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que se adhieran expresamente a la propuesta de modificación. Por esta vía, por tanto, solo se puede reestructurar el pasivo afectado por el convenio original, y no así el pasivo posterior al convenio (que, como se ha dicho, en caso de liquidación por incumplimiento del convenio, tendría el rango de crédito concursal, no contra la masa). Tampoco los créditos privilegiados que hubieran sido arrastrados por el convenio original, o que se hubieran adherido a él tras su aprobación, salvo adhesión expresa voluntaria. Se trata de limitaciones que, sin duda, redundan en contra de la eficacia del nuevo régimen de modificación del convenio concursal.

2.3.2. Incumplimiento del convenio. Calificación

El procedimiento de declaración de incumplimiento del convenio no experimenta cambios significativos, aun cuando hay que resaltar que, con la modificación del artículo 407 TRLC, ya no se permite que los acreedores puedan solicitar la liquidación del deudor durante la vigencia del convenio si se acreditase la concurrencia de alguno de los hechos que puedan fundamentar la declaración del concurso. Solo puede solicitarla el deudor, con el deber de hacerlo desde que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos en el convenio y las obligaciones contraídas con pos-

po del incumplimiento. Volvió a permitirse, también excepcionalmente, tras la pandemia bajo la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, de manera que el concursado pudiera presentar una propuesta de modificación del convenio en período de cumplimiento desde la declaración del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2021.

terioridad a su aprobación. Otra cosa será que los acreedores afectados por el incumplimiento del convenio insten su declaración de incumplimiento desde que este se produzca, por los trámites del incidente concursal, tal y como se regula en el artículo 402 TRLC, que permanece sin cambios, y que, como consecuencia de ello, el convenio quede resuelto y se abra la liquidación.

El incumplimiento del convenio sigue teniendo efectos resolutorios por imperativo legal, sin que se permita pacto en contrario. La regla es precisamente la contraria a la establecida en caso de incumplimiento de un plan de reestructuración, que mantiene los efectos extintivos y novatorios del plan de reestructuración incumplido sobre los créditos afectados, exceptuando los créditos públicos, salvo que las partes hubieran previsto lo contrario en el propio plan (art. 671 TRLC).

Desde la firmeza de la declaración de incumplimiento, quedarán sin efectos las quitas, las esperas y cualesquiera otras modificaciones de los créditos que hubieran sido pactadas en el convenio. Además, desde ese momento, los acreedores con privilegio especial a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado podrán reiniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía con independencia de la apertura de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el importe resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria. El resto —si lo hubiere— corresponderá a la masa activa del concurso (art. 404.1 TRLC).

Como novedad, se aclara de forma expresa que la declaración de incumplimiento del convenio no afectará a la validez y eficacia de los actos realizados por el concursado o por terceros en ejecución del convenio. En particular, producirán plenos efectos los pagos realizados, las garantías de financiación constituidas y cualesquiera acuerdos societarios adoptados para dar cumplimiento al convenio, incluidas las modificaciones del capital social, de los estatutos y las estructurales (art. 404.2 TRLC).

También se ha aclarado qué ocurre con la rescisión de los actos realizados durante el período de cumplimiento del convenio. Se establece la rescindibilidad, si se dan los presupuestos generales (ya sin limitación a los casos de fraude), de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio o, en caso de imposibilidad de cumplimiento, de la solicitud de apertura de la fase de liquidación de la masa activa (art. 405.2 TRLC). Los actos realizados durante el período de cumplimiento del convenio que supongan contravención del propio convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en igualdad de circunstancias continúan siendo anulables desde la firmeza de la declaración judicial de incumplimiento del convenio, con independencia del momento en que se realicen (art. 405.1 TRLC).

Finalmente, la reforma concursal también introduce novedades en materia de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio. En primer lugar, el nuevo artículo 445 bis TRLC regula el incumplimiento culpable del convenio y presenta una estructura similar a la del régimen general de calificación. Así, se incluye una cláusula general, que dispone que se calificará como culpable el incumplimiento del convenio cuando hubiera

mediado dolo o culpa grave, y la complementa con un sistema doble de presunciones. A su vez, de la redacción del precepto se desprende que el período temporal relevante se corresponde con el del cumplimiento del convenio. En cuanto al listado de presunciones que no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*, ahora denominadas “*supuestos especiales*”), se incorpora la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor durante el período de cumplimiento del convenio (artículo 445 bis 2.1.º TRLC), pero no se introduce, en cambio, el supuesto de alzamiento de bienes (en contraposición con lo que ocurre en el listado general del artículo 443 TRLC, donde se enumeran ambos supuestos). En relación con las presunciones que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*), puede destacarse como novedad la introducción del supuesto de que el deudor no haya reclamado el cumplimiento de las obligaciones exigibles durante el cumplimiento del convenio (artículo 445 bis 3.1.º TRLC). También se prevé en dicha enumeración de presunciones el incumplimiento por el deudor del deber de solicitar la liquidación de la masa activa (artículo 445 bis 3.2.º TRLC), que le resulta exigible desde que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos en el convenio de acreedores y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (artículo 407 TRLC). Adicionalmente, el artículo 445 bis 3.3.º TRLC incluye una tercera presunción de culpabilidad, consistente en el incumplimiento de las obligaciones contables “*en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a aquel en que hubiera incumplido el convenio*”. Pese a que la norma no lo precisa, si la concreción del período temporal relevante para la reapertura de la sección de calificación debe ser el del cumplimiento del convenio, podría plantearse la duda de si esa mención a los tres últimos ejercicios debe entenderse hecha a aquellos que hubieran sido cerrados con posterioridad a la aprobación del convenio incumplido.

Desde una perspectiva procedimental, la nueva redacción del artículo 452 TRLC dispone que el plazo para presentar los informes de calificación se iniciará el día siguiente a aquel en que la apertura de la liquidación fuera notificada a la administración concursal y a los acreedores personados en el concurso. Dichos informes, según establece el artículo 454 TRLC, deberán limitarse en su contenido a determinar si ha concurrido dolo o culpa grave en el incumplimiento del convenio. Por otra parte, el artículo 453 TRLC reconoce la posibilidad de que, si en alguno de los informes de calificación se solicitara la calificación culpable, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo pueda personarse en la sección sexta o en la pieza separada para defender dicha calificación, siempre que lo efectúe antes de la celebración de la vista.

III. EL PAPEL DEL CONVENIO. COMPARACIÓN CON LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

Tras analizar las principales novedades introducidas en la regulación del convenio de acreedores, hay que valorar el papel que queda reservado al convenio de acreedores como instrumento de solución de situaciones de crisis empresarial. En esa labor, de forma natural surge someter el convenio

a un ejercicio de comparación con los planes de reestructuración. Vamos a ver si se está ante un ejercicio acertado.

La reforma concursal entró en vigor el 26 de septiembre de 2023 y, en el momento en que se cierra la redacción de este comentario (1 de febrero de 2024), ha transcurrido ya un año y medio. Poco tiempo todavía, pero suficiente para realizar algunas reflexiones y extraer conclusiones.

Comenzamos por los datos. Como era de prever, los planes han acaparado la atención en este tiempo de andadura de la reforma, con casos ya muy conocidos (Celsa, Ezentis, Telepizza, Single Home, Pronovias, Aldesa, Xeldist, Torrejón Salud) y otros muchos no tan conocidos. El número de planes de reestructuración se sitúa en cifras elevadas, que han ido en progresivo incremento a medida que se ha ido implementando la reforma¹². Los pronósticos para 2024 auguran una aceleración en ese crecimiento.

Frente a ello, no se tiene noticia de que se haya formulado y/o aprobado un gran número de propuestas de convenio tras la entrada en vigor de la reforma, salvo algunos casos conocidos, como los del Hotel Don Juan Resort¹³ o Caher¹⁴. Recuérdese, en este sentido, que, como se establece en la disposición transitoria primera de la Ley 16/2022, la reforma resulta de aplicación no solo a los nuevos procedimientos concursales iniciados tras su entrada en vigor, sino también a todas las propuestas de convenio presentadas a partir de entonces, con independencia de la fecha de declaración del concurso¹⁵.

De otro lado, respecto de los datos del número de concursos registrados, durante 2023 se ha producido un descenso, si se comparan con los de los mismos meses de 2022 (a partir del 30 de junio, con el fin de la moratoria concursal) y en contraste con los nuevos planes de reestructuración respecto de los que —como se ha adelantado— se aprecia una tendencia creciente. Esta información ha de valorarse con cautela, por el efecto no ya de la

¹² Según la información ofrecida por Informa D&B (Informe *Procedimientos concursales y disoluciones. Noviembre de 2023*, de diciembre de 2023) y las *Estadísticas del Procedimiento concursal* del Consejo General del Poder Judicial, en julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2022 se registraron 774, 152, 865, 896, 825 y 568 concursos, respectivamente. En los mismos meses de 2023 se registraron 643, 141, 507, 770, 713 y 560, respectivamente; además, 67, 23, 49, 88, 103 y 97 procedimientos especiales para microempresas. Si se suman, estaríamos hablando de 710, 164, 556, 858, 816 y 657, siempre respectivamente. No parece que la serie proporcione datos de tendencias suficientemente representativos.

¹³ El concurso de Hotel Blanco Don Juan, S.L., se declaró por Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona de 21 de diciembre de 2022 (concurso voluntario n.º 1333/2022). La propuesta de convenio se presentó el 8 de junio de 2023 y fue aprobada por Sentencia núm. 108/2023, de 5 de octubre.

¹⁴ El concurso de Caher Servicios al Marketing, S.A., se declaró por Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona de 17 de octubre de 2022 (concurso voluntario n.º 1069/2022). La propuesta de convenio se presentó el 8 de junio de 2023 y fue aprobada por Sentencia núm. 80/2023, de 30 de octubre.

¹⁵ Las *Estadísticas del Procedimiento concursal* del Consejo General del Poder Judicial proporcionan datos sobre fases de convenio abiertas por trimestres (*"Fase de convenio abiertas por TSJ"*). En el primer trimestre de 2022 y 2023 se abrió fase de convenio en 121 y 62 procedimientos, respectivamente. En el segundo trimestre, en 133 y 48. En el tercer trimestre, en 60 y 53. En el cuarto trimestre de 2022 en 78 (aún no se dispone de datos del cuarto trimestre de 2023). No se diferencia, a partir del tercer trimestre de 2022, si hubo o no propuestas de convenio ya presentadas bajo la nueva regulación tras la reforma.

regulación relativa a los planes de reestructuración, sino de la entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2023 del régimen del procedimiento especial para microempresas. Una de las razones del descenso de concursos registrados es, con seguridad, que para ese tipo de deudores ya no resulta de aplicación el concurso de acreedores, sino el procedimiento especial para microempresas¹⁶.

Con todo y con todas las cautelas necesarias, a la vista de la evidencia empírica, podría concluirse que el convenio concursal ha perdido protagonismo, siendo los planes de reestructuración la solución preferida por las empresas en crisis y sus acreedores para su viabilidad. En este sentido, respecto del convenio de acreedores, no se ha podido todavía realmente constatar la eficacia de la nueva regulación para el fin perseguido de establecer un procedimiento más ágil y apto para la viabilidad de una empresa una vez que ha sido declarada en concurso, dado que esta permanece hasta el momento prácticamente inédita.

Sin embargo, la comparación o confrontación entre planes de reestructuración y convenio de acreedores en estos términos puede pecar de injusta y, por tanto, de incorrecta. No vamos por buen camino si lo que hacemos es algo tan simple como ver estos dos instrumentos como alternativas de reestructuración en pie de igualdad, que el deudor y/o sus acreedores pueden escoger libremente en función de las distintas ventajas e inconvenientes de cada una de ellas.

No se trata de determinar, ante una situación de crisis, qué es mejor, si ir a un plan de reestructuración previo a la declaración de concurso o presentar el concurso y, una vez declarado, reestructurar la deuda a través de un convenio de acreedores. Son instrumentos que responden a realidades bien distintas, aunque el presupuesto que habilite su utilización sea, desde el plano de la teoría y la normativa aplicable, parcialmente coincidente¹⁷.

Lo que se está queriendo decir es que, tratándose de un deudor en insolvencia inminente o actual cuya situación es adecuada para ir a una rees-

¹⁶ Hay que tener también en cuenta que múltiples factores afectan a la fiabilidad, comparabilidad y homogeneidad de los datos. Está, por ejemplo, el efecto de la moratoria concursal y su finalización el 30 de junio de 2022, que pudo precipitar un incremento del número de concursos registrados en los dos meses siguientes. También hay que tener en cuenta los efectos de las huelgas sucesivas de letrados de la Administración de Justicia (dos meses, de enero a marzo de 2023) y de funcionarios (78 días de paros, de abril a julio de 2023), que con seguridad han incidido en los tiempos de tramitación de los concursos registrados y, con ello, de eventuales propuestas de convenio. Y no deben olvidarse los problemas de implementación práctica del procedimiento especial para microempresas, en vigor desde enero de 2023 (en coincidencia temporal con las sucesivas huelgas indicadas).

¹⁷ Como es de todos conocido, el TRLC contempla tres posibles situaciones de insolvencia: la probabilidad de insolvencia, la insolvencia inminente y la insolvencia actual. Recordamos qué es cada cosa. Según el artículo 584.2 TRLC, *“se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”*. Con arreglo al artículo 3.2 TRLC, *“se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”*.

tructuración fuera de un procedimiento concursal¹⁸, lo normal será que opte por un plan de reestructuración, sin plantearse como alternativa equivalente o en pie de igualdad pedir la declaración de concurso y, dentro del procedimiento concursal, intentar un convenio de acreedores. En las negociaciones con los acreedores (sea o no con comunicación previa), el procedimiento concursal planeará como la gran amenaza si dichas negociaciones no fructifican. Pero no se estará considerando como una alternativa, ni normalmente se habrá valorado en esos términos en un momento previo, a la hora de decidir si se intenta un plan de reestructuración o se va al concurso. En términos generales, los instrumentos contemplados en el libro segundo del TRLC, es decir, la comunicación de inicio de negociaciones y los planes de reestructuración, tienen, en conjunto, una regulación más atractiva para los deudores (y sus acreedores) que la que se establece para el convenio de acreedores en sede de un procedimiento concursal ya en marcha. A ello se añaden otros factores, como la mayor facilidad (mejor dicho, la menor dificultad) para obtener financiación si no se va a un procedimiento concursal, el incentivo que para los acreedores (sobre todo los financieros) puede suponer una reestructuración fuera del concurso en términos de provisiones, la preservación del valor del negocio del deudor, que —como la experiencia enseña— se deteriora a un ritmo acelerado tan pronto como se cae en concurso, o el estigma que en el mundo de los negocios sigue suponiendo verse incurso en un procedimiento de insolvencia¹⁹.

Lo anterior, sin embargo, no significa necesariamente que el convenio de acreedores haya dejado de ser un instrumento válido y útil en determinadas situaciones. Primero, no todo deudor en situación de insolvencia actual o inminente tiene a su alcance optar por un plan de reestructuración, y el hecho de que tenga que acabar en un procedimiento concursal no tiene por qué significar necesariamente que termine en liquidación²⁰. Segundo, también cabe que un deudor haya intentado un plan de reestructuración sin éxito y que se haya visto en la tesitura de tener que instar el procedimiento concursal. Las razones pueden haber sido muchas: falta de acuerdo con los acreedores, imposibilidad de conseguir financiación interina para soportar la acti-

¹⁸ La utilización de los instrumentos preconcursales en situación de probabilidad de insolvencia ha sido, en lo que llevamos de andadura de la reforma, residual. Los casos más conocidos son los de Compañía Horeca de Mallorca y Pharmex. Los planes de reestructuración se han dado en situaciones de insolvencia inminente y actual, con una ligera inclinación a favor de los de insolvencia inminente (Haciendas Bio, Reverté, Single Home, Telepizza, Equipos Lagos, Vilaseca, Hedima, Aldesa, Ecolumber, Pronovias) sobre los de insolvencia actual (Celsa, Ezen-tis, Xeldist, Torrejón Salud, Das Photonix). Habrá que ver la evolución y, en particular, si más empresas se van animando a acudir a la reestructuración en fases más tempranas de la insolvencia (probabilidad de insolvencia) que les permitan tener más control sobre el proceso que el que pueden tener en etapas posteriores (insolvencia inminente y actual).

¹⁹ Toda generalización, por supuesto, es por definición poco precisa. Puede haber situaciones en las que tenga sentido que el deudor se plantee, en igualdad de condiciones, si es mejor para él negociar un plan de reestructuración o intentar un convenio después de la declaración de concurso. Siempre dependerá de las circunstancias del caso.

²⁰ En sentido inverso, el deudor en probabilidad de insolvencia puede hacer uso de los instrumentos preconcursales (comunicación de inicio de negociaciones y plan de reestructuración), pero no puede acudir a un procedimiento concursal, para cuya declaración ha de estar en insolvencia actual o inminente.

vidad durante las negociaciones en caso de comunicación previa, problemas de plazos por superación de los establecidos como máximo en el período de negociaciones, cambio en las circunstancias de la actividad de la compañía o en el entorno macroeconómico, entre otras. En este sentido, en concurso, el proyecto empresarial puede seguir siendo viable en todo o en parte y, en tal caso, la pregunta clave sería si el convenio, con su actual regulación, puede ser una solución. En el plano teórico, la respuesta es necesariamente positiva, porque en caso contrario la normativa habría establecido que, tras intentar un plan de reestructuración, solo cabría la liquidación concursal. En el plano práctico, dependerá de muchos factores.

Incluso puede ocurrir que haya habido uno o varios planes de reestructuración sucesivos que no hayan permitido salvar la compañía y que el deudor finalmente se haya visto abocado al concurso. En estos casos, la intuición nos dice que si los planes de reestructuración no han funcionado y se tiene que ir al concurso, lo normal será que todo acabe en liquidación de la compañía por falta de viabilidad de esta. Pero esto no tiene por qué ser así necesariamente. No hay tampoco en la normativa una regla que impida en tales casos intentar el convenio. De nuevo, habrá que ver en qué situación se encuentra el deudor y qué perspectivas de salvación tiene, en un entorno ya bien diferente, dentro de un procedimiento concursal.

Es en todas estas situaciones donde las reformas introducidas en la regulación del convenio pueden ayudar y hacer que el convenio se presente como una solución posible, en mayor medida que lo habría sido con la regulación anterior.

No se trata ahora de hacer una comparación exhaustiva entre la regulación actual y la anterior del convenio. Tampoco de comparar la regulación de los instrumentos preconcursales y del convenio, en términos de ventajas y desventajas de una y otra. Pero pueden rescatarse algunos de los elementos antes descritos, que son buen ejemplo de lo que se está queriendo decir.

Como antes se ha explicado, suprimida la propuesta anticipada de convenio y con el claro cambio de orientación determinado por la Ley 16/2022, ya no hay propiamente una fase de convenio que suceda temporalmente a la fase común. Desde la propia solicitud de concurso, se pueden presentar propuestas de convenio hasta un momento determinado. Se conocerá, además, relativamente pronto si la solución final del procedimiento concursal será un convenio o la liquidación, porque la falta de presentación de propuestas de convenio o su inadmisión determina directamente la apertura de la fase de liquidación, lo que permite al deudor y sus acreedores saber que no pueden demorarse mucho en las negociaciones.

Si el deudor y sus acreedores quedaron muy cerca del acuerdo, la posibilidad de presentar una propuesta de convenio con la propia solicitud de concurso y con adhesiones suficientes a la propuesta se presenta como una medida interesante, acortándose los plazos para la tramitación de la propuesta y su aprobación judicial, en el momento en que se tengan adhesiones suficientes. También cabe que el deudor presente una propuesta y que, si esta no es del agrado de los acreedores, se negocie otra propuesta que proceda de estos y se presente dentro de los plazos legales, después del auto de declaración de concurso. La regulación da aquí un margen de tiem-

po razonable: dos meses para las adhesiones, con posibilidad de prórroga por otros dos más a solicitud del deudor.

Estando en concurso, no se tiene ya la libertad que permite la regulación de los planes de reestructuración en cuanto a la determinación del perímetro de la reestructuración y la configuración de las clases de acreedores afectados. El convenio ha de afectar a todo el pasivo y su tratamiento ha de ajustarse al rango legal de los créditos. Se pierde, es verdad, en flexibilidad, pero se gana en certeza en cuanto a la reestructuración de toda la deuda. Además, las mayorías necesarias para vincular a los acreedores disidentes son inferiores a las exigidas en los planes de reestructuración (aunque no se cuente con la posibilidad de producir el efecto arrastre con el apoyo único de una clase *in the money*).

El contenido del convenio puede ser muy parecido al de un plan de reestructuración. Determinadas medidas, como la transmisión de unidad productiva, la conversión de créditos en acciones, participaciones o préstamos participativos, la realización de modificaciones estructurales o la afectación de los acreedores públicos, se han visto facilitadas como consecuencia de las modificaciones introducidas. Por otra parte, una vez declarado el concurso y hechas las correspondientes provisiones, los acreedores pueden estar más inclinados a aceptar medidas más agresivas (por ejemplo, quitas y esperas superiores).

Estando una compañía en concurso, será más difícil que haya acreedores o terceros dispuestos a conceder financiación nueva para facilitar el cumplimiento del convenio, pero, de existir, esa financiación tiene un tratamiento mejor que la concedida en el marco de un plan de reestructuración. Así, la financiación comprometida en un convenio para garantizar su cumplimiento según el plan de viabilidad será íntegramente crédito contra la masa en caso de liquidación por incumplimiento del convenio (art. 242.1.16 TRLC), mientras que solo el 50% de la financiación interina y la nueva financiación concedida en un plan de reestructuración tendrá esa clasificación en caso de concurso posterior (siendo el 50% restante crédito con privilegio general) (arts. 242.1.17 y 280.6.º TRLC).

En todo el proceso, el deudor mantiene cierto control, que pierde en ocasiones en los planes de reestructuración, en los que puede ser arrastrado y quedar vinculado aun en contra de su voluntad²¹. Esto no puede acontecer dentro del procedimiento concursal, en el que el deudor ha de aceptar el convenio²².

²¹ De hecho, como es conocido, durante el período de negociaciones de un plan de reestructuración, el deudor no es enteramente libre de salirse de las negociaciones y solicitar el concurso. Según el artículo 612 TRLC, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, la solicitud de concurso presentada por el deudor podrá ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado.

²² La representación del deudor para oponerse a un convenio propuesto por los acreedores corresponde a sus administradores, no a los socios. Como se ha visto, es posible que los administradores ejecuten un aumento de capital para una capitalización de créditos prevista como

También se ha mejorado el trámite de oposición. Se ha restringido la posibilidad de oponerse al convenio por cuestiones relativas a la forma y contenido de las adhesiones a los casos en que las adhesiones afectadas hubieran sido decisivas para la aceptación de una propuesta de convenio y se ha reconocido la posibilidad de rechazo de oficio del convenio. Aunque se ha introducido como nueva causa de oposición el llamado test del mejor interés de los acreedores, no se ha incorporado la causa de oposición o impugnación de un plan de reestructuración que cuestione que el plan ofrece una *“perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo”*²³. El equivalente en sede de convenio, como causa de oposición, es la ya conocida *“inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio”*, que no es exactamente lo mismo, y parece apuntar a un grado superior en la valoración de las posibilidades de éxito del convenio, a lo que debe añadirse que esa causa de oposición solo puede formularse por la administración concursal y acreedores titulares de al menos el 5% del pasivo ordinario (art. 385 TRLC)²⁴.

En definitiva, la valoración es bastante más positiva de lo que podría dar la impresión si nos quedáramos con la lectura de las primeras líneas de este trabajo y, si bien es cierto que el legislador ha apostado de manera decidida por la reestructuración de las empresas viables fuera del concurso, a la vez, no ha renunciado a introducir notables reformas en la regulación del convenio, de manera que este pueda, llegado el caso, ser un instrumento útil para esa misma finalidad si, en su caso, la reestructuración no ha sido posible en un momento anterior. Naturalmente, tanto la regulación de los planes de reestructuración como la del convenio, puede ser cuestionable en algunos

contenido en el convenio sin necesidad de acuerdo de junta y sin que los socios tengan derecho de preferencia sobre las nuevas acciones o participaciones. Pero, para otros posibles contenidos del convenio en los que sea necesario acuerdo de junta según la normativa societaria, ese acuerdo tendrá que producirse, sin posibilidad de arrastre a los socios (por ejemplo, para una modificación estructural). Y en cualquier caso los socios con mayoría suficiente pueden intentar que los administradores no den su visto bueno a una propuesta de convenio de los acreedores si los cesan en una junta y los nuevos administradores rechazan la propuesta de convenio o directamente piden la liquidación.

²³ De hecho, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid de 21 de noviembre de 2023 (Roj: AJM M 3597/2023) rechaza la homologación de un plan de reestructuración por no garantizar la viabilidad de una empresa cuya actividad había cesado. El razonamiento es el siguiente: *“En el caso de autos, el plan de reestructuración cuya homologación se pretende, si bien contiene medidas que se acomodan al contenido del artículo 614 del TRLC (esperas) y se han alcanzado las mayorías legales para su homologación (2/3), sin embargo, no cumple de manera ‘manifiesta’ lo previsto en los arts. 633.10 y 638.2 del TRLC al tratarse de una empresa que carece de actividad y tampoco se prevé que la vaya a reiniciar como consecuencia de la reestructuración. El presente plan está simplemente concebido como un mecanismo para gestionar los futuros cobros y pagos pendientes a fin de facilitar una extinción ordenada de la compañía, lo que excede del objeto y finalidad del instituto preconcursal regulado en el Libro II”*. Lo relevante, para lo que se está queriendo decir, no es tanto la razón del rechazo, sino el hecho de que el juzgado haya decidido directamente rechazar la homologación por el motivo indicado.

²⁴ Habrá que ver, no obstante, si con el tiempo los argumentos para apreciar la inviabilidad objetiva del cumplimiento de un convenio no acaban siendo coincidentes con los que se puedan utilizar para considerar que un plan de reestructuración no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la compañía en el corto y medio plazo.

aspectos. Pero lo cierto es que tras la reforma del TRLC nuestro ordenamiento cuenta con dos instrumentos válidos que pueden resultar de utilidad para ayudar a la salvación de empresas viables que se encuentren en problemas de solvencia.

IV. ¿Y QUÉ PASA CON LAS MICROEMPRESAS?

Terminamos el trabajo con una referencia al que es un límite subjetivo de aplicación del convenio de acreedores y también de los planes de reestructuración.

El libro tercero del TRLC, como una de las grandes y más comentadas novedades de la reforma, contiene una regulación del procedimiento especial para las denominadas microempresas. Por tales se entenderán, según el artículo 685.1, “los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características”: “1.ª Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores”; y “2.ª Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud”.

Este procedimiento podrá tramitarse como procedimiento especial de continuación o de liquidación (apartado 5). En el primer caso, habrá de proponerse un plan de continuación, que es un instrumento que combina elementos propios de los planes de reestructuración y del convenio de acreedores (a los que se añaden también elementos de los anteriores acuerdos extrajudiciales de pagos). En este ámbito hay que resaltar que respecto de las denominadas microempresas, no cabe ni una reestructuración anterior al procedimiento especial ni posterior a su apertura mediante un convenio de acreedores. La única solución, para salvar la viabilidad de la empresa, es un plan de continuación. No podremos ya saber si los cambios introducidos en la regulación del convenio de acreedores pueden ser útiles para la salvación de microempresas. Es todavía pronto para empezar a saber si la regulación de los planes de continuación es o no una herramienta válida para tal fin. Aunque se pueda intuir la respuesta a la pregunta, es algo que solo el tiempo dirá.

V. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2022), “El papel del socio en la reestructuración”; en COHEN BENCHETRIT, A. (dir.), *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 1207-1251.
- GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P. S. (2022), “El convenio en la nueva regulación del concurso de acreedores”, en PRENDES CARRIL, P. y FACHAL NOGUER, N. (dirs.), *Comentario a la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 165-184.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2023a), “Del convenio” (arts. 319 y ss. TRLC), en PULGAR EZQUERRA, J., GUTIÉRREZ GILSANZ, A., MEGÍAS LÓPEZ, J., RECAMÁN

- GRAÑA, E. (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid, La Ley, pp. 1643-1829.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2023b), “El convenio concursal como mecanismo de reestructuración”, en *Almacén de Derecho*, 24 de noviembre de 2023 (El convenio concursal como mecanismo de reestructuración — Almacén de Derecho (almacenederecho.org)).
- RUBIO SANZ, J. (2022), “El nuevo convenio tras la reforma concursal: ¿una alternativa para la reestructuración?”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 170-190.
- SÁNCHEZ CALERO, J. (2023), “La modificación del convenio”, en *Anuario de Derecho Concursal*, 59.