

Aproximación al contenido del convenio en la Ley Concursal¹

Autor: Alberto J. De Martín Muñoz

Doctor en Derecho. Profesor Propio Agregado de Derecho mercantil de la Upco-ICADE.

I. Introducción

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal (en adelante LC o Ley) contempla dos soluciones a las situaciones de insolvencia: el convenio y la liquidación. La Ley dedica al convenio el Capítulo I del Título V (arts. 98 a 141), además de muchas referencias dispersas a lo largo de su articulado. Dicha normativa de nuevo cuño, de singular relevancia en el tratamiento de las crisis empresariales, armoniza nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho europeo e internacional y resuelve buena parte de las dudas que venían ocupando a la doctrina y a la jurisprudencia hasta la fecha.

La importancia que el legislador otorga al convenio queda puesta de manifiesto en la configuración de este instituto solutorio como una opción prevalente a la liquidación, cuyo comienzo presume la imposibilidad de convenir o el incumpli-

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación financiado por la Upco denominado: “*La Modernización del Sistema Financiero Español*”, aprobado mediante Resolución de esta Universidad de 25-09-2002.

miento del acuerdo alcanzado. Además, la Ley incentiva su consecución mediante varios mecanismos que actúan en las diferentes fases del procedimiento. En este sentido, como es sabido, el nuevo concurso se estructura en una *fase común* -destinada a determinar la situación patrimonial del deudor-, cuya culminación abre la *fase de convenio* o la *fase de liquidación*. Pues bien, la Ley introduce, como novedad, la *propuesta anticipada de convenio*, que puede formularse desde la solicitud de concurso y que permite resolver la insolvencia durante la fase común, sin necesidad de convocar junta de acreedores y con notable economía procesal. En su defecto, la conclusión de esta etapa dejará paso a la *fase de convenio*, donde la Ley combina el sistema de adhesiones escritas con el voto en junta. Todo ello con notable eficacia, simplificación de tramites y acortamiento de plazos, pero sin merma sensible de la seguridad jurídica, lo que supone un importante avance respecto del Derecho codificado.

La regulación del convenio en la Ley 22/2003 trata los temas clásicos relativos a las modalidades y requisitos formales del acuerdo, momento y legitimación para proponerlo, contenido, sistemas de aprobación, ejecución y efectos. El presente trabajo se limita a analizar el contenido del convenio concursal, que sin duda es una de las cuestiones más complejas y que ha sufrido mayores cambios tras la promulgación de la Ley. No obstante, antes de abordar esta materia, parece necesario hacer una breve referencia al concepto y naturaleza del nuevo convenio, así como a su procedimiento de aprobación.

II. Concepto

El convenio concursal es un medio para resolver la situación de insolvencia del deudor mediante un pacto realizado en el seno del procedimiento, sancionado por la autoridad judicial y dirigido a satisfacer los créditos manteniendo la actividad empresarial o profesional del concursado. La Ley contempla dos modalidades: el *convenio anticipado*, que sólo puede ser propuesto por determinados deudores, aceptado mediante adhesiones escritas y sancionado judicialmente en la fase común del concurso (arts. 104-110 LC) y el *convenio ordinario*, que pueden formularlo tanto el deudor como los acreedores que representen una porción significativa del pasivo, que debe ser aceptado en junta de acreedores y aprobado por el juez (arts. 111-126 LC). El convenio concursal se distingue claramente de los *convenios extrajudiciales*, que constituyen un mecanismo preconcursal y que se rigen por la normas generales del Derecho contractual.

La Ley Concursal considera el convenio como la *solución normal* del concurso, aunque la expresión encierra una importante dosis de voluntarismo, toda vez que éste no tiene por objeto evitar la liquidación de empresas inviables, para las que el convenio carece de sentido. La LC regula el convenio de manera unitaria, aunando los aspectos sustantivos y procesales, aunque introduce notables elementos de flexi-

bilidad y soluciones especialmente pensadas para el concurso de sociedades y grupos de empresas, que en la práctica son los principales afectados por las situaciones concursales².

III. Procedimiento de aprobación

Como en cualquier negocio jurídico sinalagmático, la formación y aprobación del convenio concursal tiene como punto de partida una propuesta y su aceptación. Sin embargo, a diferencia de como ocurre en los contratos, la propuesta de convenio no surge de forma espontánea y tiene un marcado carácter formalista, debiendo respetar diversos presupuestos para admitirse a trámite. La Ley dispone en los artículos 99 a 102 una serie de normas aplicables a toda propuesta, que se completan con otras específicas sobre legitimación, plazo y modo de tramitación, según el tipo de propuesta contemplada (arts. 104-113 LC).

Una vez presentada en tiempo y forma, la propuesta debe ser aceptada mayoritariamente por los acreedores, aunque para ser válida habrá de emitirse en el plazo, forma y condiciones fijadas en la Ley. En este sentido, la Ley 22/2003 establece dos sistemas diferentes según se trate de una *propuesta anticipada* o de una *propuesta ordinaria*. La aceptación de la propuesta anticipada se articula mediante un procedimiento novedoso, que no exige su discusión en junta de acreedores, bastando la adhesión individual y por escrito de una mayoría suficiente de ellos (arts. 104-110 LC). Por el contrario, la propuesta ordinaria debe aprobarse en junta de acreedores, aunque para favorecer la conclusión del convenio, este sistema se complementa con la posibilidad de emitir adhesiones escritas en los términos fijados en la Ley (arts. 111-115 LC).

Pero el convenio validamente aceptado no surte efecto hasta recibir refrendo judicial. El objetivo es garantizar la legalidad del acuerdo y proteger los derechos de quienes no lo suscribieron, permitiéndoles su eventual impugnación (*homologazione*). En la legislación anterior, este trámite se había convertido en una pura formalidad, pero afortunadamente la LC recupera el sentido de esta fase procesal introduciendo importantes novedades en los artículos 127 a 132 LC. La principal es que la oposición al convenio aceptado puede formularse de oficio o a instancia de terceros, y que su alcance varía en función de si las causas que la motivan son formales –que pueden subsanarse- o de fondo. Además, la Ley regula la apelación de la sentencia aprobatoria de convenio e introduce la posibilidad de que el juez, al admitir a trámite la

² Así lo aseveran los datos del INE (Instituto Nacional de Estadística) en el periodo 2000-2001, que reflejan cómo el número de suspensiones de pagos aumentó de 224 a 338 y el de quiebras de 335 a 588, manteniéndose en menos de 15 el número de concursos de acreedores (vid. www.ine.es/prensa/prensa.html). En 2002 las quiebras aumentaron un 37%, centrándose en empresas de menos de 5 años -un 35%-. Para un estudio de estas materias desde una perspectiva económica véanse, entre otros, ESPINA MONTERO, *La crisis del sistema concursal español*, (727) ICE, 1994, p.7-32.

oposición, adopte medidas cautelares para evitar que la demora en tramitarla impida su cumplimiento (arts. 129.4-133.3 LC).

El convenio adquiere firmeza desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que en la apelación se acuerde suspender o limitar su eficacia conforme a lo previsto en el artículo 197.5. A partir de ese instante cesan los administradores concursales y los demás efectos de la declaración de concurso, que son sustituidos por los fijados en el propio convenio (*intervención convencional*). Todo ello sin perjuicio de mantener los deberes de información y colaboración del deudor previstos en los artículos 42 y 138 LC, que sólo desaparecen una vez concluido el procedimiento.

IV. Naturaleza

En la doctrina y jurisprudencia clásicas se han sucedido diversas corrientes que giran en torno a si el convenio es un contrato o un acto procesal, triunfando finalmente las que abogan por su calificación mixta como un *contrato procesal* en el que coexisten elementos negociales y judiciales³. Este es también el punto de partida de la Ley 22/2003, aunque su redacción prima los aspectos procesales sobre los negociales. En efecto, la Exposición de Motivos de la LC parte por calificar el convenio como “*un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*”, sin embargo, como acabamos de ver en el apartado anterior, su articulado somete la tramitación del convenio a un grado de judicialización tan importante que aproxima más la figura a un acto procesal que a un verdadero contrato.

Pero al señalado protagonismo de los aspectos procedimentales, hay que añadir que cuando la propuesta de convenio la formulan los acreedores, su aprobación no siempre requiere el consentimiento del deudor, lo que diluye aún más su carácter negocial. En efecto, el artículo 128.3 LC señala que “*(...) el concursado que no hubiere formulado propuesta de convenio aceptada por la junta ni le hubiere prestado conformidad podrá oponerse a la aprobación del convenio (...) o solicitar la apertura de la fase de liquidación. En otro caso, quedará sujeto al convenio que resulte aprobado*”. En otras palabras, el deudor que no consiente quedará obligado por el convenio salvo que lo impugne o solicite la liquidación de su patrimonio, por lo que a menos que entendamos estos actos como extrañas manifestaciones de un consentimiento presunto, estaremos más bien ante un *contrato legal forzoso* que ante un verdadero negocio jurídico concluido

³ Véanse, entre otros, PEREZ DE LA CRUZ, A., *Cuestiones en torno al convenio en la quiebra*, en Estudios Homenaje a Rodrigo Uria”, Madrid, 1978, p. 532 y ss.; GONZALO BRAVO, R., *El convenio en la suspensión de pagos*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Concursal, Madrid, 1992, p. 202 y ss.; CANDELARIO MACIAS, *El convenio de continuación como medio de protección el crédito en los procedimientos concursales*, Granada, 1999, p. 174 y ss.; VILARRUBIAS GUILLAMET, F., *El convenio anticipado en el nuevo proyecto de Ley concursal*, LA LEY, 5636, 18-10-2002, p.1.y ss. En nuestra jurisprudencia, la tesis netamente contractualista, defendida entre otras por las STS 4-7-1966 (RJ 1966, 3639); 13-2-1989 (1989, 831), ha evolucionado hasta posiciones eclécticas. Véase la STS 27-2-1993 (RJ 1993, 2546) y la STS 8-1-1997 (RJ 1997, 112), entre otras.

entre el deudor y sus acreedores⁴. Por todo ello, cabe afirmar que el convenio en la Ley 22/2003 es un acto de naturaleza mixta en el que prevalecen los aspectos procesales respecto de los estrictamente negociados.

V. Contenido del convenio

La oferta y la aceptación concurren sobre el objeto del acuerdo, cuyo contenido ha sido cuidadosamente regulado en la Ley 22/2003. La legislación anterior a la Ley Concursal establecía dos modalidades de convenios judiciales, el *convenio solutorio* inserto en la quiebra ya declarada (art. 898-907 Cco) y el *convenio preventivo* para situaciones de iliquidez, denominado suspensión de pagos. La LC abandona esta dualidad y regula un único convenio de carácter solutorio, lo que no impide reconocer su función conservativa de la actividad del concursado y preventiva de la liquidación.

La Ley Concursal parte del principio de autonomía de la voluntad para fijar el contenido del convenio, aunque para evitar los abusos acaecidos bajo el régimen anterior, introduce importantes límites y prohibiciones a la libertad de pactos. De este modo, al regular el contenido de la propuesta, el artículo 100 LC permite incluir distintas alternativas y soluciones particulares para una o varias clases de acreedores, admitiendo tanto los tradicionales acuerdos de *quita y espera*, como innovadores mecanismos pensados especialmente para empresas, como son los *convenios organizativos* o los *convenios de enajenación con asunción de pasivo*, pero condiciona su validez al respeto de límites y excepciones, cuya incorporación ha sido criticada por un sector de la doctrina, argumentando que reducen innecesariamente la capacidad del convenio de adaptarse a la problemática de cada caso, toda vez que el riesgo de abusos se ha eliminado con la reforma de otros aspectos del procedimiento⁵. En todo

⁴ En el mismo sentido, véase NÚÑEZ-LAGOS, A., *El Convenio del concurso: contenido y procedimiento*, (3) Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez, 2003, p. 36.

⁵ Como señala NÚÑEZ-LAGOS, A., “El convenio del concurso...”, cit., p. 38, la práctica demuestra repetidamente que el mejor convenio es aquel que más se adapta a la situación concursal concreta, por lo que regular límites aplicables de forma general a una clase de convenios resulta rechazable. Por otra parte, la falta de necesidad de fijar límites al contenido del convenio por haberse eliminado el riesgo de abusos es defendida por ROJO, *La reforma del Derecho Concursal Español* en “La Reforma de la Legislación Concursal”, (Dir., por A. ROJO), Madrid, 2003, p. 128, destacando entre los instrumentos que han contribuido a esta finalidad, la privación del derecho de voto a los acreedores que hubieran adquirido el crédito por actos *inter vivos* después de la declaración de concurso, salvo que esa adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa (art. 122.1.2º LC). A lo que cabría añadir la obligación de acompañar la propuesta de un plan de pagos (art. 100.4 LC), la privación de voto a los acreedores vinculados al deudor, que de este modo no en el contenido del convenio (art. 122.1.1º LC) o la existencia de un procedimiento único con menores plazos de podrán influir ejecución. También han criticado la excesiva limitación del principio de autonomía de la voluntad, sobre la base del ALC 2001, PULGAR EZQUERRA, J., *Insolvencia: conservación versus liquidación*, en “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001”, Madrid, 2002, p. 90 y ss.; MAIRATA LAVIÑA, J., *Los efectos del concurso*, en “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001”, Madrid, 2002, p. 107 y ss

caso, el alcance de estos límites y excepciones varía según la modalidad de convenio contemplada, por lo que siguiendo el esquema seguido en el artículo 100 LC, distinguimos entre convenios de quita y/o espera, las propuestas alternativas y el catálogo de acuerdos prohibidos.

V.1. Convenio de quita y/o espera: límites y excepciones

El artículo 100.1 LC establece que: “La propuesta de convenio *deberá* contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas”, y el párrafo 2 del mismo precepto señala que la propuesta “*podrá, además*”, contener soluciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases. De la primera lectura de este precepto podría deducirse que todo concordato tiene que incluir, necesariamente y sin perjuicio de otras alternativas, un *convenio remisorio, dilatorio o mixto*. Sin embargo esta interpretación no se compeadece con la Exposición de Motivos de la Ley, que proclama la flexibilidad en el contenido de las propuestas y afirma que éstas “*podrán consistir*” en proposiciones de quita o espera (apartado VI). Y tampoco parece corresponderse con la finalidad del artículo 100.2 LC, puesto que si el convenio puede incluir “propuestas alternativas”, parece lógico que pueda ofrecerlas tanto en combinación con quitas o esperas como aisladamente. Por consiguiente, a nuestro juicio nada impide que la propuesta contenga exclusivamente soluciones diferentes a la quita o espera (p.e. pago parcial inmediato y conversión del pasivo restante en capital), más aún considerando que el concurso puede abrirse sin insolvencia del deudor y que un cambio excepcional de circunstancias podría propiciar una revaloración de sus activos que hiciese innecesario dilatar o recortar derechos de los acreedores⁶.

Más bien lo que parece es que al legislador no le preocupa tanto si el convenio tiene quita o espera, como el hecho de que si las incluye respete los límites marcados. En este sentido, el artículo 100.1 LC establece que: “*Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio*”. Su incorporación responde a la idea de evitar abusos, aunque es polémica, porque como hemos visto limita, quizás gratuitamente, las posibilidades de alcanzar un convenio, al ser menores los riesgos de abuso en el nuevo concurso⁷. En cualquier caso, la Ley no impone límites a los créditos privilegiados o subordinados, que admiten dilaciones o remisiones superiores, si bien no parece admisible una quita total o una espera indefinida (*convenio de no pago*), por ser contraria al artículo

⁶ En el mismo sentido, NÚÑEZ-LAGOS, A., “*El convenio del concurso...*”, cit., p. 38 y 39; economistas forenses, (2) Revista del REFor, dic, 2001, p. 106.

⁷ De hecho, el artículo 163.1 LC exige la apertura de la sección de calificación del concurso desde que el convenio incorpore quitas superiores a un tercio de los créditos o esperas mayores de tres años para cualquier clase de créditos.

1255 CC, al carácter negocial del convenio e incluso a su naturaleza de acto procesal, contraria a perpetuarse⁸. En cambio, la Ley permite estipular un *periodo de carencia* o de determinación del plazo para satisfacer el primer pago, que no es más que una forma de dilación. Y también *quitas progresivas* según la cuantía del crédito y siempre respetando los límites legalmente previstos⁹.

No obstante, la Ley contempla dos excepciones a los citados límites de quita y espera, que podrán superarse:

(i) *En caso de concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía*, siempre y cuando el plan de viabilidad contemple dicha necesidad; la propuesta se acompañe de un informe emitido al efecto por la Administración económica competente y el juez del concurso lo autorice a solicitud de parte (art. 100.1 *in fine*). Como resulta obvio, esta excepción se condiciona a varios presupuestos de compleja delimitación. En primer lugar debe tratarse de una empresa de “*especial trascendencia para la economía*” nacional o regional, lo que da carta de naturaleza a la desigualdad de trato según las dimensiones o trascendencia del empresario¹⁰. Mientras que las pequeñas empresas quedarán sujetas a los estrechos límites legales, las grandes podrán superarlos si su actividad es calificada como “trascendental”. Es cierto que la LC no alude al tamaño sino a la relevancia de la actividad, aunque en la práctica lo normal será que ésta excepción opere exclusivamente para las grandes empresas. De hecho, el criterio único de la trascendencia (al margen del tamaño o del sector) incrementará el confusionismo y previsiblemente recrudescerá las presiones sobre el juzgador para que admita esta excepción, más aún considerando que la LC no ofrece criterios claros a la hora de adoptarla¹¹. En segundo lugar, la propuesta deberá acompañarse de un informe de la “*Administración económica competente*”, pero no queda claro qué Administración es esa. Parece evidente que cuando el concursante

⁸ Sobre la base del régimen anterior, véanse TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, 2ª ed., Barcelona, 1995, p. 450 y ss.; SALA REIXACHS, A., *La terminación de la quiebra y el convenio concursal. Impugnación. Tramitación. Efectos. Rescisión*, Barcelona, 2000, p. 205 y ss. Con la Ley actual, de extenderse a todos los acreedores la propuesta de no pago o de prórroga indefinida tampoco sería propiamente un tipo de convenio, sino más bien un modo de terminación del concurso ex artículo 176.1.5º LC, al consistir en una forma de desistimiento o renuncia de los acreedores.

⁹ En la legislación anterior estos pactos fueron rechazados por un sector de la doctrina por entender que infringían la *par conditio*. Véase, especialmente, SALA REIXACHS, A., “*La terminación...*”, cit., p. 200 y ss.

¹⁰ El Anteproyecto de 2001 limitaba la excepción a las empresas cuya actividad fuera “trascendente para la economía nacional”, excluyendo injustamente a las empresas relevantes para una región.

¹¹ En este sentido, conviene recordar que esta excepción ha sido objeto de sucesivas reformas prelegislativas: el su redacción inicial, era el Gobierno (no el juez) el legitimado para excepcionar los límites a empresa con necesidades de reestructuración, lo que enlazaba la excepción con el Derecho paraconcursal, aunque sin hacer mención alguna a los sectores afectados por dichas normas especiales (ALC 7-9-2001). Posteriormente, se legitimó al juez a instancia de parte, desvinculando la materia de las normas paraconcursoales y ofreciendo una comprensible excepción a grandes empresas (ALC 23-7-2002). La última reforma importante se produjo en la tramitación parlamentaria de la Ley, donde se suprimió la mención a la economía “nacional” para dar cobertura a las CCAA. Sobre esta cuestión véase PULGAR EZQUERRA, J., *Insolvencia: conservación versus liquidación*, en “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001”, cit., p. 89.

do tenga establecimientos en varias Comunidades Autónomas la competencia corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda, y en otro caso, a la Consejería de Economía de la Comunidad Autónoma donde radique la empresa. En tercer lugar, la propuesta deberá ser autorizada por el juez, aunque su decisión se hace descansar en parámetros exclusivamente económicos, por lo que su discrecionalidad será difícilmente recurrible.

(ii) *En caso de propuesta anticipada de convenio*, cuando ésta prevea que los recursos para su cumplimiento se generarán con la propia actividad del deudor y siempre que el plan de viabilidad contemple una quita o una espera superior a los límites previstos en el artículo 100.1 LC, el juez podrá, a solicitud del deudor, autorizar motivadamente su superación (art. 104.2 LC). Por tanto, si la propuesta es anticipada y se acompaña de un plan de viabilidad, podrán superarse estos límites con independencia de la trascendencia económica de la actividad del concursado.

V.2 Propuestas alternativas: convenios organizativos y de enajenación

El artículo 100.2 LC permite que la propuesta incluya o consista en proposiciones alternativas a la quita o espera para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiendo por tales las categorías referidas en el artículo 89.1 LC; es decir, acreedores privilegiados, ordinarios y subordinados. Las propuestas alternativas no podrán dirigirse a grupos concretos de acreedores (p.e. entidades de crédito, proveedores de suministro), puesto que ello vulneraría la *par conditio* y supondría una alteración de la clasificación legal de los créditos prohibida por el artículo 100.3 LC. La diversa naturaleza y régimen de estos acuerdos exige un tratamiento diferenciado de los mismos:

(i) *Propuestas alternativas y convenios organizativos.*

La Ley enumera a título de ejemplo las propuestas alternativas más frecuentes, como son la conversión de crédito en acciones, en participaciones, en cuotas sociales o en créditos participativos. Pero caben otras, tales como la capitalización de créditos, las ofertas de afianzamiento o de financiación pública o privada, la transformación de créditos en obligaciones convertibles, operaciones de reducción y aumento de capital simultáneo, fusión, escisión u otros *convenios reorganizativos*, que serán válidos siempre que respeten los límites establecidos en la Ley.

En este sentido y con carácter general, conviene tener en cuenta, con independencia de la alternativa propuesta:

- Que el artículo 100.3 LC prohíbe los acuerdos que alteren la cuantía de los créditos fijada en el procedimiento, aunque lo hace “*sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada*”.

- Que el artículo 102.1 LC exige que la propuesta precise la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección (art. 102.1 LC).

Además, y en relación con alternativas específicas, habrá que respetar los siguientes presupuestos:

- Las alternativas análogas a una quita o a una espera deben respetar los límites previstos en el artículo 100.1 LC.
- Las consistentes en ceder bienes en pago o para pago no son admisibles, por resultar prohibidas por el artículo 100.3 LC.
- Los convenios reorganizativos que impliquen nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores no podrán someterse a deliberación sin la previa conformidad de éstos (art. 125.2 LC)¹².
- Las propuestas basadas en convertir créditos en capital o en préstamos participativos podrán extenderse a las personas allegadas al deudor -que son quienes tendrán mejor disposición para financiarle-, y a los demás acreedores subordinados, si bien éstos no podrán escoger entre otras propuestas alternativas distintas de la quita y/o espera (art. 134.1 LC).
- Las propuestas de financiación se impulsan decididamente, reconociendo que su devolución se practicará con arreglo a lo pactado en el convenio (aunque los aportantes sean personas allegadas al deudor) y no como deudas de la masa, que es lo que son por haber nacido una vez declarado el concurso (art. 100.3 y 100.5 LC)¹³.
- Por último, en cuanto a la opción de transformar el pasivo en *créditos participativos*, la Ley no establece nada al respecto aparte de su validez y de la necesidad de acompañarla de un plan de viabilidad. En particular, no queda claro si el legislador se está refiriendo únicamente a los créditos participativos definidos en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de julio, o si, como parece más en línea con la ausencia de prohibición y el carácter flexible del contenido del convenio, esta alternativa comprende toda propuesta que no vulnere el principio de paridad de trato, siempre que el interés del préstamo esté referenciado a

¹² La Ley Concursal regula esta prohibición únicamente para la propuesta ordinaria e impide su deliberación en junta de acreedores, aunque la misma regla debe aplicarse en el supuesto de propuesta anticipada.

¹³ Con ello, la Ley subsana un defecto advertido en el ALC 2001, cuyo artículo 99.5 subordinaba el pago de los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad a todos los demás créditos concursales privilegiados y ordinarios. Así lo dictaminó el CES el 7-11-2001 y lo puso de manifiesto BELTRÁN, E., *El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico*, en "La Reforma de la legislación Concursal", cit., p. 331 y ss., al señalar que esta fórmula dificultaría enormemente las posibilidades de obtener financiación y, por tanto, de conservar la actividad del concursado. La duda que plantea el actual artículo 100.5 *in fine*, es la naturaleza concursal de estos créditos, ya que como hemos visto no son deudas de la masa ni créditos subordinados, pese a que normalmente los concederán familiares o personas allegadas al deudor. La Ley se limita a señalar que se satisfarán conforme a lo establecido en el convenio.

la actividad del concursado (beneficio neto, volumen de negocio, patrimonio total o cualquier otro criterio acordado por las partes)¹⁴.

(ii) *Los convenios de enajenación.*

El artículo 100.2. II LC dedica especial atención a los denominados *convenios de enajenación con asunción de pasivo*, validando las proposiciones de venta del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, o de determinadas unidades productivas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- (i) Que la venta se efectúe a favor de una persona determinada.
- (ii) Que el adquirente continúe la actividad empresarial de las unidades compradas.
- (iii) Que asuma el pago de los créditos conforme a lo previsto en el concordato.

En tales casos, el comprador deberá haber firmado la propuesta y el juez haber oído a los representantes de los trabajadores antes de aprobarla (arts. 99.2 y 100.2 II, *in fine* LC).

Antes de analizar los requisitos enunciados, conviene aclarar que las propuestas de enajenación son válidas aunque su objeto no sea una unidad productiva. Como advierte el artículo 100.4 LC al referirse al plan de pagos, éste debe detallar, en su caso, los recursos procedentes de la “*enajenación de determinados bienes o derechos del concursado*”. Lo que ocurre es que cuando el acuerdo de compraventa comprenda la totalidad de los bienes y derechos del deudor que forman una unidad productiva, habrá de respetar lo previsto en el artículo 100.2. II LC. A este respecto, debe hacerse una interpretación amplia del concepto de “unidad productiva”, incluyendo en ella cualquier elemento del negocio con sustantividad empresarial o profesional, aunque no sea una rama de actividad completa. Los mayores problemas interpretativos surgirán en relación con la cesión de activos inmateriales (p.e., el fondo de comercio, la clientela o la marca).

El primer presupuesto de validez de los convenios de enajenación es que la compraventa se efectúe a favor de una persona determinada, lo que permite diferenciarlos fácilmente de los acuerdos de liquidación, ya que no se trata de ceder activos a los acreedores en pago o para el pago de las deudas, sino de traspasarlos a una persona -acreedor o tercero-, que asume el deber de continuar (no liquidar) la actividad y de pagar a los acreedores¹⁵. La especificación del comprador y de sus obligaciones

¹⁴ En el mismo sentido, véase NÚÑEZ-LAGOS, A., *El convenio del concurso...*, cit., p. 41 y ss.

¹⁵ Sobre la naturaleza y características de los convenios de enajenación en la legislación anterior a la LC véanse, entre otros, PEREZ DE LA CRUZ, A., *Cuestiones en torno al convenio de quiebra*, en “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria”, cit., p. 541 y ss..

sugiere que la operación habrá de negociarse en firme antes de presentar la propuesta de convenio -dado que una vez formulada no será susceptible de cambio-, sin embargo, la *traditio* no se producirá hasta meses después, una vez aprobado éste definitivamente. De ahí que junto al diseño en el plan de viabilidad del procedimiento de venta y de valoración de los activos, resulte posible incorporar *cláusulas de ajuste del precio* que cubran el eventual deterioro patrimonial sufrido por la unidad productiva durante dicho plazo. Tales cláusulas serán válidas en la medida en que no condicionen la eficacia del convenio (art. 101.1 LC), por lo que deben admitirse las que fijen quitas variables calculadas en función del precio obtenido tras efectuar el ajuste y con el límite del 50 % del importe de los créditos ordinarios, pero se tendrán por no puestas las que habiliten al comprador para resolver el contrato si cambia la valoración de los activos negociados, ya que ello impedirá probablemente cumplir el convenio, a menos que el plan de viabilidad previese en tal hipótesis una opción alternativa de continuidad¹⁶.

El segundo requisito esencial de los convenios de enajenación es el deber del comprador de continuar “*la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte*”. Dado que el artículo 100.2 II LC no determina el alcance de esta obligación, habrá que concretarla en la propuesta. En particular, conviene precisar si la actividad debe mantenerse sin cambios o si será posible y con qué alcance, realizar reestructuraciones. Asimismo será conveniente delimitar el plazo del compromiso del comprador, aunque en ausencia de previsión al respecto parece lógico que si después de un tiempo razonable la unidad productiva comprada sigue resultando inviable el adquirente pueda liquidarla, siempre que no medie fraude negocial y que mantenga sus compromisos de pago a los acreedores.

Por último, el convenio de enajenación exige que el comprador asuma “*el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio*”. De nuevo aquí la falta de concreción legal suscita algunos interrogantes que deben resolverse sobre la base del texto de la propuesta y atendiendo al principio general de flexibilidad del contenido del convenio. A nuestro juicio, serán lícitos los contratos de compraventa que obliguen al adquirente a asumir el pago de todos los créditos del concurso y también aquellos en que se transmita en bloque de una parte del activo y su pasivo correspondiente, en cuyo caso habrá que aclarar si el adquirente se obliga a pagar únicamente los créditos concursales o también los postconcursoales de dicha unidad productiva. En todo caso, los compromisos de pago del comprador quedarán determinados en la propuesta de convenio, no liberan al deudor de su obligación de atenderlos y deberán aprobarse mayoritariamente por los acreedores. Además, si atribuyen un trato singular a una categoría de ellos deberán acumular la conformidad mayoritaria de todos los que tengan derecho de voto y la del pasivo no afectado por el trato singular en la misma proporción (art. 125.1 LC). El contrato de compra-

¹⁶ En el mismo sentido, véase NÚÑEZ-LAGOS, A., “*El convenio del concurso...*”, cit., p. 41 y ss.

venta de unidades productivas se incardina en el convenio, de modo que concursado y tercero se obligan en los términos estipulados a pagar a los acreedores.

V.3. La prohibición de ceder bienes y derechos en pago o para pago

Durante la legislación anterior se generalizaron los *acuerdos liquidativos* o de cesión de bienes en pago o para pago de los acreedores, pese a la ausencia de norma habilitante al respecto¹⁷. Los Anteproyectos de 1983 y 1995 también los validaron, aunque regulando su alcance y naturaleza. Sin embargo, la práctica ha demostrado que muchas veces estos pactos no son sino liquidaciones encubiertas realizadas al margen del procedimiento y sujetas a frecuentes abusos y discriminaciones, sobre todo cuando se hacen sin la existencia de activo o su cuantía es mínima en comparación con el pasivo realizable.

De ahí que el artículo 100.3 LC prohíba abiertamente los convenios de liquidación, al señalar que: “*En ningún caso, la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de sus deudas*”. Esta prohibición merece una valoración positiva, porque si se produce la liquidación, ésta debe practicarse en el seno del concurso y con arreglo a los artículos 142 y siguientes de la LC, y no de manera oculta al margen del proceso y sin las garantías necesarias. Con todo, algún autor sigue defendiendo estos convenios señalando que más vale una “*liquidación concertada que una normativa*”, aunque para paliar el riesgo de abusos propone, entre otras medidas, extender a la liquidación la sanción del artículo 172.3 LC impuesta a los administradores para el caso de concurso culpable¹⁸.

Probablemente el mayor problema interpretativo de la prohibición estudiada radica en establecer su alcance. En concreto, si el artículo 100.3 LC abarca cualquier cesión, total o parcial, de bienes y derechos a los acreedores con fines liquidativos o se refiere únicamente a los pactos de liquidación global del patrimonio del concursado. Se trata de una cuestión abierta de gran relevancia, porque pese a la claridad del precepto cuando afirma que “*En ningún caso*” la propuesta incluirá pactos de liquidación, el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley parece

¹⁷ Más bien al contrario, los artículos 1176 y 1177 Cco 1829 prohibían expresamente los convenios de liquidación extraconcursales. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia los venía admitiendo tanto en el convenio solutorio como en el preventivo, con base en los artículos 1175 Cco 1829, 1156 LEC, 928 Cco 1889. En relación con las cesiones *pro solvendo* o para pago sin efectos liberatorios véase, entre otras, la STS 19-10-1992 (RJ 1992, 8082) y la RDGRN 28-1-1987 (BOE 10-2), y con respecto a las cesiones en pago *pro soluto* o con efectos extintivos, véanse las STS 16-11-1991 (RJ 1991, 4715); 13-2-1989 (RJ 1989, 1408); 15-12-1989 (RJ 1989, 8832). Sobre esta cuestión véanse, entre otros, BELTRÁN, E., *El convenio en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del Prof. Ángel Rojo*, CDC, número monográfico, 1997, p. 102 y ss.

¹⁸ Véase, especialmente, MAIRATA LAVIÑA, J., *Los efectos del concurso*, en “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001”, cit., p. 107 y ss.

prohibir solamente la cesión como forma de liquidación global del patrimonio, al señalar que “...lo que no admite la Ley es que a través de cesiones bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio...”. En la misma línea, el artículo 100.3 LC prohíbe la cesión de bienes y derechos “a los acreedores en pago o para pago de sus créditos”, designando como beneficiario al colectivo de acreedores en su conjunto y no a una categoría de ellos, lo que limitaría el alcance de esta prohibición a las cesiones totales, validando las de una parte del activo a determinados acreedores, que en rigor no entrañan una liquidación global del patrimonio. Pero a pesar de estos argumentos, a nuestro juicio la Ley es clara en el sentido de prohibir todo pacto de cesión (total o parcial) de bienes o derechos con fines liquidativos. El artículo 100.3 LC es taxativo al disponer que “En ningún caso” se admitirán estos acuerdos. Además, después de prohibir “la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago”, la norma añade una cláusula de cierre comprensiva de “cualquier forma de liquidación global del patrimonio”. No dice “cualquier otra forma de liquidación global”, por lo que, en principio, de la literalidad del precepto resulta que la prohibición debe extenderse a todas las cesiones y no sólo a las que supongan una liquidación total del patrimonio del deudor. La propia finalidad de la norma avala esta tesis, puesto que si lo pretendido por el legislador es evitar abusos derivados de una liquidación extraconcursal, el mismo riesgo existe cuando dicha liquidación abarca todo el patrimonio y todos los acreedores, que una parte de ellos.

Resumen

La nueva Ley Concursal contempla dos soluciones a las situaciones de insolvencia: el convenio y la liquidación. El convenio concursal es un medio de resolver la situación de insolvencia del deudor mediante un pacto realizado en el seno del procedimiento, sancionado por la autoridad y dirigido a satisfacer los créditos manteniendo la actividad empresarial o profesional del concursado. La nueva normativa ha supuesto la armonización de nuestro ordenamiento jurídico con el Derecho europeo e internacional. A pesar de la intención del legislador de regular todos los supuestos posibles, no se han cerrado todas las polémicas y sigue abierta la que plantea la conveniencia de regular en ella mecanismos extrajudiciales para solventar situaciones de crisis.

Palabras clave: Ley Concursal y convenio, formación y propuesta del convenio, convenios organizativos y de enajenación, la junta de acreedores, cumplimiento del convenio.

Summary

Provision is made in the new Bankruptcy Law for two solutions to situations of insolvency: agreement and liquidation. This bankruptcy agreement represents a means of resolving the debtor's insolvency by reaching an agreement at the heart of the proceedings, sanctioned by the authorities and aimed at paying back loans while continuing the business or professional activity of the bankrupt. This new legislation serves to bring the Spanish legal code in line with European and International Law. Despite the legislator's aim to cover all eventualities in this reform, there is still room for debate and the question regarding the need to regulate extra-judicial mechanisms to resolve crisis situations through this law remains unanswered.