



Universitat de Girona

LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

Teodora JACQUET YESTE

Dipòsit legal: GI. 1429-2012

<http://hdl.handle.net/10803/84168>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat de Girona

TESI DOCTORAL

La propuesta anticipada de convenio

Teodora Jacquet Yeste

2011

PROGRAMA DE DOCTORAT: Turisme, Dret i Empresa

Dirigida per: Dr. Josep-Oriol Llebot Majó

Memòria presentada per optar al títol de doctora per la Universitat de Girona

INDICE

| | |
|--|-----|
| ABREVIATURAS..... | 9 |
| PRESENTACIÓN | 11 |
| CAPÍTULO I | 15 |
| LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL..... | 15 |
| I. Planteamiento | 15 |
| II. La PAC en la reforma concursal española introducida por la LC..... | 20 |
| III. Concepto y naturaleza jurídica de la PAC..... | 25 |
| 1. Concepto y naturaleza jurídica del convenio concursal | 25 |
| 2. Concepto y naturaleza jurídica de la PAC..... | 33 |
| 3. Rasgos característicos de la PAC | 35 |
| IV. Finalidades de la PAC..... | 38 |
| 1. Finalidades propias de la PAC..... | 38 |
| 1.1. La PAC como mecanismo reductor de los costes del procedimiento concursal..... | 39 |
| 1.2. La PAC como mecanismo anticipador de la declaración de concurso...46 | |
| 1.3. La PAC como mecanismo favorecedor del convenio..... | 52 |
| 2. Finalidades de la PAC comunes al convenio concursal en general. La política legislativa de la LC en relación a las soluciones del concurso..... | 58 |
| 2.1. La PAC como solución conservativa de la actividad empresarial del deudor..... | 59 |
| 2.2. La PAC como medio de satisfacción de los acreedores..... | 69 |
| IV. Caracterización de la PAC | 72 |
| 1. La PAC en el marco de las soluciones conservativas del Derecho concursal comparado | 73 |
| 1.1. Soluciones que incorporan elementos de anticipación de la apertura del concurso y de refuerzo de la posición de los acreedores | 75 |
| 1.2. Soluciones que favorecen las negociaciones privadas entre el deudor y sus acreedores pero celebradas con intervención judicial o administrativa | 87 |
| 1.3. Soluciones que reconocen validez a las negociaciones celebradas entre el deudor y sus acreedores fuera del procedimiento judicial | 93 |
| 1.4. Soluciones que promueven la desjudicialización de los procedimientos concursales patrocinadas por organismos internacionales..... | 110 |

| | |
|---|-----|
| 2. Los <i>prepackaged bankruptcy plans</i> del Derecho concursal estadounidense | 114 |
| 2.1. Noción | 115 |
| 2.2. Origen y finalidad | 119 |
| 2.3. La <i>adequacy of disclosure</i> | 124 |
| 2.4. Evolución normativa | 127 |
| 2.5. Los <i>prepackaged bankruptcy plans</i> , la doctrina contractualista y los costes del concurso | 130 |
| 2.6. Los datos empíricos sobre el uso de los <i>prepackaged bankruptcy plans</i> | 134 |
| 3. La PAC y los convenios extrajudiciales..... | 139 |
| 3.1. Los convenios extrajudiciales en general | 140 |
| 3.2. El <i>Codice di comportamento</i> y el <i>London Approach</i> | 142 |
| 3.3. Los convenios extrajudiciales y el concurso..... | 148 |
| 3.4. Los convenios extrajudiciales en la LC | 152 |
| 3.5. La PAC como medio de judicialización de los convenios preconcursales | 161 |
| 4. Uso estratégico de la PAC en relación a la insolvencia inminente como presupuesto objetivo del concurso | 167 |
| CAPÍTULO II..... | 173 |
| El régimen substantivo especial de la pac | 173 |
| I. Planteamiento | 173 |
| II. La formación del convenio concursal mediante la PAC | 174 |
| 1. La negociación preconcursal de la PAC y los problemas de información y resistencia de los acreedores | 175 |
| 2. El contenido de la PAC como objeto de la negociación..... | 181 |
| 2.1. Contenido prohibido | 184 |
| 2.1.1. Prohibición de la cesión de bienes y derechos a los acreedores y de cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor..... | 185 |
| 2.1.2. Prohibición de alterar la clasificación o el importe nominal de los créditos concursales | 192 |
| 2.1.3. Prohibición de propuestas condicionadas | 200 |
| 2.2. Contenido facultativo | 205 |
| 2.2.1. El presupuesto carácter imperativo de las quitas y las esperas... | 206 |
| A) Límites a la quita y a la espera..... | 213 |

| | |
|---|-----|
| B) Excepción a los límites..... | 219 |
| 2.2.2. Conversión de los créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos | 223 |
| 2.2.3. Enajenación de bienes y derechos concretos y enajenación global del patrimonio del concursado | 235 |
| 2.2.4. Fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo..... | 247 |
| 2.2.5. Compromisos de terceros y obligaciones a cargo de acreedores.. | 259 |
| 2.2.6. Medidas prohibitivas o limitativas de las facultades del deudor . | 263 |
| 2.2.7. El trato singular..... | 268 |
| 2.2.8. Los contenidos alternativos | 275 |
| 2.3. La regulación del contenido del convenio y las finalidades de la PAC | 281 |
| 3. La presentación de la PAC | 285 |
| 3.1. Noción y significado..... | 285 |
| 3.2. La comunicación y aceptación parcial de la PAC antes de su presentación | 287 |
| 3.3. La legitimación para presentar la PAC..... | 295 |
| 3.3.1. Las prohibiciones del art.105 LC..... | 299 |
| A) La condena del deudor en sentencia firme por la comisión de determinados delitos | 309 |
| B) Incumplimiento del deber de depósito de las cuentas anuales | 314 |
| 3.4. Requisitos formales y documentación de la PAC | 319 |
| 3.4.1. Forma y formalidades de la PAC..... | 319 |
| 3.4.2. Documentos que deben acompañar a la PAC..... | 321 |
| A) Plan de pagos | 324 |
| B) Plan de viabilidad | 325 |
| C) La delimitación del ámbito objetivo del plan de pagos y del plan de viabilidad | 326 |
| 4. La aceptación de la PAC..... | 336 |
| 4.1. Introducción a los sistemas de aceptación de la PAC | 336 |
| 4.2. El sistema de adhesión a la PAC | 340 |
| 4.2.1. Carácter de la adhesión | 340 |
| 4.2.2. Forma y contenido de la adhesión | 341 |
| 4.2.3. El derecho de adhesión | 343 |
| 4.2.4. La adhesión de las Administraciones y organismos públicos | 350 |
| 4.2.5. La revocación de la adhesión | 353 |
| 4.3. La aceptación de la PAC en junta de acreedores..... | 358 |

| | |
|---|-----|
| 4.3.1. Convocatoria..... | 360 |
| 4.3.2. Asistencia y representación en la junta | 361 |
| 4.3.3. Constitución y celebración..... | 368 |
| 4.3.4. Votación de la PAC..... | 373 |
| 4.3.5. Acta de la junta..... | 373 |
| 4.4. Mayorías exigidas para la aceptación de la PAC..... | 374 |
| 4.4.1. Mayoría ordinaria..... | 376 |
| 4.4.2. Mayoría simple..... | 377 |
| 4.4.3. Reglas especiales | 381 |
| 5. La aprobación de la PAC. Remisión | 382 |
| III. Eficacia del convenio aprobado a través de la PAC..... | 383 |
| 1. Inicio de la eficacia del convenio..... | 383 |
| 2. Eficacia del convenio concursal..... | 387 |
| 2.1. Efectos sobre el procedimiento..... | 387 |
| 2.2. Efectos sobre el deudor | 391 |
| 2.3. Efectos sobre los acreedores y sus créditos..... | 392 |
| 2.4. Efectos sobre los compromitentes | 395 |
| 2.5. Efectos sobre los obligados solidarios, fiadores o avalistas..... | 395 |
| 2.6. El carácter novatorio del convenio..... | 404 |
| IV. La ineficacia del convenio | 407 |
| 1. La nulidad y la anulabilidad y su relación con el control de legalidad del convenio | 409 |
| 2. Efectos de la declaración de nulidad del convenio..... | 413 |
| CAPÍTULO III | 415 |
| LA TRAMITACIÓN PROCESAL DE LA PAC | 415 |
| I. Planteamiento | 415 |
| II. La intervención de los órganos del concurso en la tramitación de la PAC... | 418 |
| 1. La función de los órganos del concurso en la tramitación del convenio.... | 419 |
| 2. La desjudicialización del concurso en la tramitación de la PAC..... | 425 |
| III. La negociación preconcursal de la PAC..... | 428 |
| IV. El control de legalidad en el momento de la presentación de la PAC: la admisión a trámite | 438 |
| 1. Los requisitos de presentación de la PAC..... | 439 |
| 2. La admisión a trámite de la PAC | 448 |
| 2.1. Causas de inadmisión por defectos no subsanables..... | 451 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. Causas de inadmisión por defectos subsanables | 455 |
| 2.2.1. Prueba de las prohibiciones del art.105 LC..... | 457 |
| 2.2.2. Constatación de las prohibiciones con posterioridad a la admisión a trámite y audiencia al deudor | 459 |
| 2.3. La resolución judicial sobre la admisión a trámite de la PAC | 467 |
| V. El control de oportunidad sobre la PAC admitida a trámite: la evaluación de la administración concursal | 470 |
| 1. Fundamento de la evaluación de la PAC..... | 471 |
| 2. Objeto y contenido de la evaluación de la PAC | 473 |
| 3. La resolución judicial a la vista de la evaluación de la administración concursal | 476 |
| 3.1. La publicidad de la evaluación de la PAC..... | 477 |
| 3.2. La facultad del juez de dejar sin efecto la PAC admitida a trámite | 481 |
| VI. El control de legalidad y de oportunidad sobre la PAC aceptada: la aprobación judicial..... | 488 |
| 1. La aceptación de la PAC en la fase común | 488 |
| 2. Aprobación judicial anticipada de la PAC | 491 |
| 2.1. Verificación de las adhesiones | 494 |
| 2.2. Oposición a la aprobación del convenio y rechazo de oficio del convenio | 496 |
| 2.2.1. Oposición a la aprobación del convenio..... | 497 |
| A) Plazo para formular oposición..... | 498 |
| B) Legitimación | 499 |
| C) Causas de oposición | 504 |
| D) Tramitación de la oposición | 517 |
| E) Resolución judicial que resuelve la oposición..... | 519 |
| 2.2.2. Rechazo de oficio del convenio aceptado | 526 |
| A) Plazo para rechazar de oficio el convenio..... | 527 |
| B) Causas de rechazo de oficio | 529 |
| C) Resolución judicial de rechazo de oficio..... | 530 |
| 2.3. Resolución judicial sobre la aprobación de la PAC..... | 533 |
| 3. Aprobación no anticipada de la PAC | 534 |
| 3.1. Mantenimiento de la PAC no aprobada en la fase común | 534 |
| 3.1.1. Fundamento y ámbito de aplicación | 535 |
| 3.1.2. Efectos..... | 539 |
| 3.1.3. Régimen de la PAC tramitada en la fase de convenio | 543 |

| | |
|--|-----|
| 3.2. La aceptación de la PAC en la fase de convenio..... | 545 |
| 3.2.1. Tramitación escrita de la PAC..... | 549 |
| A) Presupuesto de la tramitación escrita | 549 |
| B) Plazo para adherirse a la PAC..... | 554 |
| C) Adhesiones en la tramitación escrita de la PAC. Remisión | 555 |
| D) La verificación de las adhesiones y la aprobación del convenio en la tramitación escrita..... | 556 |
| 3.2.2. Aceptación de la PAC en junta de acreedores..... | 558 |
| 3.3. Oposición a la aprobación y rechazo de oficio del convenio aceptado en la fase de convenio. Especialidades y remisión | 563 |
| VII. Cumplimiento e incumplimiento del convenio | 571 |
| 1. Cumplimiento del convenio | 572 |
| 1.1. Las medidas de aseguramiento del cumplimiento del convenio..... | 572 |
| 1.2. La declaración judicial de cumplimiento del convenio..... | 577 |
| 1.3. Conclusión del concurso por cumplimiento del convenio | 580 |
| 2. Incumplimiento del convenio..... | 581 |
| 2.1. Supuestos de incumplimiento del convenio..... | 581 |
| 2.2. La declaración judicial de incumplimiento del convenio | 585 |
| 2.2.1. Efectos de la declaración judicial de incumplimiento | 587 |
| CONCLUSIONES | 595 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 607 |

ABREVIATURAS

| | |
|---------------------------|---|
| AAMN | Anales de la Academia Matritense del Notariado |
| AAVV | Autores Varios |
| ABA | American Bar Association |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| ADConcursal | Anuario de Derecho Concursal |
| AJA | Actualidad Jurídica Aranzadi |
| Am. Bankr. Inst. L. Rev. | American Bankruptcy Institute Law Review |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| Can.Bus.L.J. | Canadian Business Law Journal |
| Cc | Código Civil |
| CDC | Cuadernos de Derecho y Comercio |
| CDJ | Cuadernos de Derecho Judicial |
| CGPJ | Consejo General del Poder Judicial |
| CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |
| Colum. L. Rev. | Columbia Law Review |
| DN | Derecho de los Negocios |
| ET | Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo |
| Fin.Analysts J. | Financial Analysts Journal |
| Finan. Manage. | Financial Management |
| Finan. Stability Rev. | Financial Stability Review |
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| FOGASA | Fondo de Garantía Salarial |
| Harv. L. Rev. | Harvard Law Review |
| ICAC | Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas |
| Int'l Rev. L. & Econ. | International Review of Law and Economics |
| Int. Co. Commerc. L. Rev. | International Company and Commercial Law Review |
| Int. Corp. Rescue | International Corporate Rescue |
| Invest. Econ. | Investigaciones Económicas |
| ITPAJD | Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados |
| J. App. Corp. Fin. | Journal of Applied Corporate Finance |
| J. Bus. Strategy | The Journal of Business Strategy |
| J. Empirical Legal Stud. | Journal of Empirical Legal Studies |
| JFE | Journal of Financial Economics |
| J. Finance | Journal of Finance |
| J.Law&Eco. | The Journal of Law and Economics |
| J. Legal Stud. | Journal of Legal Studies |
| LC | Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal |
| LDC | Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil |
| Ley 13/2009 | Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial |

| | |
|--------------------------|--|
| Ley 38/2011 | Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal |
| LGP | Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria |
| LGSS | Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio |
| LGT | Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria |
| LME | Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles |
| LSC | Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio |
| Mich. L. Rev. | Michigan Law Review |
| Oxford J. Legal Stud. | Oxford Journal of Legal Studies |
| Poder Judicial | Revista del Poder Judicial |
| QJE | The Quarterly Journal of Economics |
| RCP | Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal |
| RDBB | Revista de Derecho Bancario y Bursátil |
| RDM | Revista de Derecho Mercantil |
| RDP | Revista de Derecho Privado |
| RDPat | Revista de Derecho Patrimonial |
| RDS | Revista de Derecho de Sociedades |
| Real Decreto-ley 3/2009 | Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica |
| Rev.Eur.Dir.Econ.EMPRES. | Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa |
| Rev. Jur. Com. Val. | Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana |
| RGD | Revista General de Derecho |
| Riv. Soc. | Rivista delle Società |
| RJC | Revista Jurídica de Catalunya |
| RM | Registro Mercantil |
| RRM | Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio |
| RVDPA | Revista Vasca de Derecho Patrimonial y Arbitraje |
| S. Cal. L. Rev. | Southern California Law Review |
| S. Ill. U. L. J. | Southern Illinois University Law Journal |
| Stan. L. Rev. | Stanford Law Review |
| U. Cin. L. Rev. | University of Cincinnati Law Review |
| U. Chi. L. Rev. | University of Chicago Law Review |
| U. Ill. L. Rev. | University of Illinois Law Review |
| UNCITRAL | United Nations Commission on International Trade Law |
| Va. L. Rev. | Virginia Law Review |
| Wash. U. L. Q. | Washington University Law Quarterly |
| Yale L.J. | Yale Law Journal |

PRESENTACIÓN

La entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC)¹ supuso una profunda reforma del Derecho concursal español reclamada desde hacía tiempo por la doctrina española y, consecuentemente, un cambio de escenario normativo con importantes novedades. Entre las novedades introducidas destaca especialmente la denominada propuesta anticipada de convenio (en adelante, PAC), pues se trata de una figura sin precedentes en nuestro Derecho concursal que se erige en factor clave en la reforma concursal española². Puesto que la PAC es un elemento integrado en una de las posibles soluciones del concurso y éstas son los medios para conseguir la función del concurso, la obtención de un sistema concursal eficiente pasa por una configuración de la PAC consistente con las finalidades que el legislador le otorga y que contribuya a la consecución del fundamento y de la función de un sistema concursal obligatorio, esto es conservar o maximizar el valor del patrimonio del deudor mediante la reducción de los costes que aparecen en el marco de la autonomía negocial de las partes y que impiden una solución privada a la insolvencia consiguiendo así maximizar la satisfacción de los acreedores del deudor común. La importancia, pues, de la PAC en el conjunto

¹ La LC ha sido modificada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (en adelante, Real Decreto-ley 3/2009) y por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley 38/2011).

² La importancia de la PAC no sólo se aprecia en la reforma concursal llevada a cabo por la LC sino también en las sucesivas reformas que ésta ha experimentado. Así, veremos a lo largo de este trabajo como tanto en el Real Decreto-ley 3/2009 como en la Ley 38/2011 se introducen medidas que persiguen potenciar el uso de la PAC.

del sistema concursal justifica, a nuestro juicio, el interés que la figura ha suscitado y la atención que con este trabajo le dedicamos.

El objeto de este trabajo reside precisamente en el análisis del régimen jurídico de la PAC en función de las finalidades que el propio legislador le ha atribuido y con el propósito de ofrecer una interpretación de aquél consistente con éstas y, sobre todo, con la función que fundamenta el propio procedimiento concursal. Con este propósito realizamos un estudio del conjunto de elementos condicionantes de su funcionalidad que permita un conocimiento integral de esta solución conservativa al concurso.

En el Capítulo I perseguimos situar a la PAC en el conjunto del procedimiento concursal, describiendo, en primer lugar, las diversas posiciones doctrinales sobre su naturaleza y concepto, para, posteriormente, exponer las distintas finalidades atribuidas a la misma por el legislador y analizar su consistencia con la función concursal y, finalmente, realizamos una caracterización de la PAC en función de sus rasgos más destacados. Para esto último nos valdremos de los elementos que ofrece el estudio del Derecho comparado, pues éste se revela como un recurso de gran utilidad en la tarea de comprender el significado de las piezas que conforman la estructura jurídica de la PAC.

Los elementos expuestos en el Capítulo I nos proporcionan los instrumentos necesarios para proseguir nuestro trabajo en los sucesivos capítulos con el examen de su régimen jurídico positivo, tanto desde un punto de vista material como procedimental. En el Capítulo II nos ocupamos del estudio de los

elementos sustantivos del régimen positivo de la PAC, que comprenden tanto aquellos especiales que difieren del régimen general de la propuesta ordinaria de convenio como aquellos comunes a esta última. Entre los primeros figuran las prohibiciones para presentar la PAC (art.105 LC) y los requisitos para excepcionar los límites a las quitas y esperas (art.100 LC). Entre los segundos analizaremos la forma, contenido y documentación de la PAC, su aceptación y la eficacia del convenio ya aprobado, cuestiones algunas de ellas ya debatidas ampliamente en el Derecho anterior y que con el nuevo régimen siguen generando polémica, como la fijación de límites al contenido del convenio o la vinculación del sentido del voto de los acreedores privilegiados respecto a la propuesta de convenio con los efectos que éste tenga sobre los obligados, fiadores y avalistas del deudor concursado.

Por último, el Capítulo III trata el régimen de la tramitación procesal de la PAC, desde el momento de su presentación ante el juez del concurso, pasando por la admisión a trámite, hasta la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio concursal, sin olvidar las eventuales incidencias como la oposición y rechazo de oficio del convenio o su incumplimiento. Esta tramitación procesal es analizada en su doble vertiente, esto es la alternativa reducida o agilizada en virtud de la cual la tramitación de la PAC concluye sin la apertura de la fase de convenio y la alternativa extendida o completa que implica la apertura de la fase de convenio para proceder a la convocatoria de la junta de acreedores. Asimismo, es necesario justificar algunas particularidades que presenta el *iter* procedimental de la PAC en comparación con la propuesta ordinaria de

convenio, como son los requisitos de admisión a trámite o los efectos de un posible informe desfavorable o con reservas de la administración concursal.

CAPÍTULO I

LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

I. Planteamiento

En este Capítulo trataremos de situar la PAC en el procedimiento concursal establecido en la LC con el propósito de sentar las bases materiales y metodológicas sobre las cuales construir, en los próximos capítulos, su régimen jurídico. La primera tarea para acometer este propósito pasa por dar una noción de la PAC y determinar su naturaleza jurídica, con objeto de caracterizar inicialmente a esta nueva figura³. Hecha esta aproximación al concepto y

³ Sin perjuicio de las referencias puntuales que en cada caso sea preciso realizar, conviene señalar desde el inicio que ya son numerosos los estudios que han aparecido desde la aprobación de la LC dedicados al análisis de la PAC en particular o bien en el contexto del tratamiento del convenio concursal y que tenemos en cuenta en el presente trabajo. Así, María ÁLVAREZ SAN JOSÉ, “El problema de la modificabilidad de la propuesta de convenio en junta de acreedores”, *ADConcursal*, núm.3, 2004, págs.217-247; Jesús BORES SÁIZ, “La nueva Ley concursal y las soluciones extrajudiciales de las crisis económicas empresariales: la propuesta anticipada de convenio”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4473-4481; Ángel CARRASCO PERERA y Esther MORATIEL PELLITERO, “Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria”, *AJA*, núm.614, 2004; José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004; ÍB., “El convenio concursal y la conservación de la empresa”, en AAVV., *Estudios sobre la Ley Concursal...., op.cit.*, t.IV, págs.4483-4508; ÍB., “A propósito de la función del convenio en el concurso”, *ADConcursal*, núm.4, 2005, págs.7-63; María ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, Madrid, 2007; José Carlos ESPIGARES HUETE, “Alguna consideración sobre los límites subjetivos a la eficacia del convenio a la luz de la nueva legislación concursal: el artículo 135”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...., op.cit.*, t.IV, págs.4509-4526; José Luis FERNÁNDEZ RUIZ, “La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal”, *RDM*, núm.251, 2004, págs.199-223; José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, “El convenio en el concurso de acreedores”, *Poder Judicial*, núm.18, 2004, págs.293-324; María de la Sierra FLORES DOÑA, “Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...., op.cit.*, t.IV, págs.4527-4550; Juan FONT

SERVERA, “La propuesta anticipada de convenio”, RCP, núm.3, 2005, págs.149-168; Eduardo GALÁN CORONA, “El convenio anticipado”, Poder Judicial, núm.18, 2004, págs.325-355; ÍB., “Consideraciones sobre el denominado “convenio anticipado” en la Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op.cit., t.V, págs.4551-4575; ÍB., “El convenio”, en José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, Ignacio QUINTANA CARLO y Ángel BONET NAVARRO (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs.477-507; Esperanza GALLEGO SÁNCHEZ, “La propuesta anticipada de convenio en la nueva Ley Concursal”, Rev. Jur. Com. Val., núm.11, 2004, págs.127-153; Ramón GARCÍA LUENGO, “El convenio en la Ley Concursal”, en Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (et alt.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs.1725-1759; José María GONDRA ROMERO, “Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op.cit., t.IV, págs.4577-4599; Horst Antonio HÖLDERL FRAU, *El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Teodora JACQUET YESTE, “Contribución a la caracterización de la PAC”, RCP, núm.4, 2006, págs.227-245; Emilio LABORDA VALLE, “La nueva realidad concursal (Elementos de solución en la crisis empresarial: el convenio y la liquidación. Viabilidad de la empresa)”, Diario La Ley, núm.3, 2005, págs.1852-1857; Jorge LÓPEZ CURBELO, “El convenio en la Ley Concursal. Especial referencia a su contenido”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op.cit., t.IV, págs.4601-4631; Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, “El convenio de liquidación de bienes del deudor al amparo de la nueva Ley Concursal”, RDPat., núm.13, 2004, págs.85-101; Jaime MAIRATA LAVIÑA, “Panorámica del anteproyecto de Ley Concursal de 2001, convenio y acciones de reintegración”, Diario La Ley, núm.1, 2002, págs.1861-1867; Alberto MARTÍN MUÑOZ, “Aproximación al contenido del convenio en la Ley Concursal”, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE, núm.61, 2004, págs.179-191; Manuel MUÑOZ CÁRDENAS, “Reflexiones entorno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles”, Diario La Ley, núm.4, 2004, págs.1616-1625; Luisa RODRÍGUEZ GRILLO, “El convenio y el plan en la nueva Ley Concursal, Ley 22 de 2003”, CDC, núm.43, 2005, págs.193-238; Alfonso RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, “El requerimiento al deudor común exigido por el artículo 110.1 de la Ley Concursal (y algunas reflexiones colaterales sobre las propuestas anticipadas de convenio)”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op.cit., t.IV, págs.4631-4670; Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio anticipado*, Madrid, Civitas, 2004; ÍB., “El contenido esencial del convenio”, en Alfonso HERNÁNDEZ-MORENO (dir.), Anales (V) 2002/2003 del Centro para la investigación y Desarrollo del Derecho Registral, Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Grupo Difusión, Barcelona, 2004, págs.215-231; ÍB., “El contenido del convenio”, Poder Judicial, núm.18, 2004, págs.357-408; ÍB., “La legitimación para presentar propuesta de convenio”, RJC, núm.4, 2004, págs.1173-1196; ÍB., “La adhesión de los acreedores”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op.cit., t.IV, págs.4671-4704; Pedro RUBIO VICENTE, “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, RDS, núm.22, 2004, págs.115-155; Marcos SACRISTÁN REPRESA “El convenio anticipado en la Ley Concursal (Notas sobre su régimen específico)”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, op.cit., t.IV, págs.4705-4752; Rafael SARAZÁ JIMENA, “El convenio del concurso, una visión judicial”, RCP, núm.2, 2005, págs.67-96; Antonio SOTILLO MARTÍ, “El convenio ordinario concursal”, Rev.Jur.Com.Val, núm.11, 2004, págs.155-173; Ricardo URBINA y Minerva VÉLEZ, “Convenio, liquidación y recursos en la nueva Ley Concursal”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm.31, 2005, págs.91-150; Nemesio VARA DE PAZ., “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (Artículos 137 a 141 de la Ley Concursal)”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*

op.cit., t.IV, págs.4753-4780; Felio VILARRUBIAS GUILLAMET, “El convenio anticipado en el nuevo Proyecto de Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm.7, 2002, págs.1898-1904; ÍB., “La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, *op.cit.*, t.IV, págs.4781-4802; Marta ZABALETA DÍAZ, *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006; Silvia ZUBIZARRETA GARCÍA, “La nueva Ley Concursal. El convenio aprobado en junta: solución prioritaria del concurso de acreedores”, *RVDPA*, núm.16, 2004, págs.465-491.

Asimismo tenemos presentes los diversos comentarios a la Ley Concursal, en especial con respecto a los preceptos correspondientes al análisis del régimen del convenio: AAVV, *Memento práctico sobre la reforma concursal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003; Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, 2 vols.; Raquel BLÁZQUEZ MARTÍN, José María FERNÁNDEZ SEIJO, Edmundo RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, *Guía Visual de la Ley Concursal*, Atelier, Barcelona, 2004; Fernando CERDÁ ALBERÓ y Ignacio SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, Colex, Madrid, 2000; Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004; ÍB., *Proceso concursal*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005; Valentín CORTÉS DOMINGUEZ, José María DE LA CRUZ BÉRTOLO, José Manuel OTERO LASTRES, Carlos ROGEL VIDE, *Aspectos de la nueva Ley Concursal*, Ed.Reus, Barcelona, 2004; Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004; Luís FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (et alt.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004; José María FERRER VICENTE, *El nuevo Derecho concursal. Un progreso y avance en el Derecho español (aspectos prácticos, análisis y desarrollo)*, RGD, Valencia, 2005; Enrique GADEA, *Iniciación al estudio del Derecho concursal*, Dykinson, Madrid, 2005; Esperanza GALLEGO SÁNCHEZ (coord), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005; Rafael GARCÍA VILLAVERDE, Alberto ALONSO UREBA, Juana PULGAR EZQUERRA (coord.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002; ÍB., *Derecho concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003; Juan Francisco GARNICA MARTÍN (dir.), *La nueva Ley Concursal*, CGPJ, Madrid, 2004; Fernando GÓMEZ MARTÍN, Emilio GONZÁLEZ BILBAO, *Nuevo Derecho Concursal*, Iuris-Practicum, Bilbao, 2004; Edorta HERRERA CUEVAS (et alt.), *Manual de la reforma concursal*, Editorial Europea de Derecho, Madrid, 2004; Vicente MAGRO SERVET (coord.), *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2004; Jaime MAIRATA LAVIÑA (coord.), *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados, Madrid, 2004; Alberto MARTÍN MUÑOZ, (coord.), *La reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las leyes 22/2003 y 8/2003 de 9 de julio*, Dykinson, Madrid, 2004; Manuel OLIVENCIA RUÍZ (dir.), *La nueva Ley Concursal*, Colección “Estudios de Derecho Judicial”, núm.59, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2005; Agustín Jesús PÉREZ-CRUZ, *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo Eds., Santiago de Compostela, 2005; Pedro PRENDES CARRIL (dir.), *Guía práctica de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2006; Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU, Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004; Ignacio QUINTANA CARLO, Ángel BONET NAVARRO y José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dirs.), *Las Claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005; Teresa RAMÓN IBÓS, *Sinopsis de la nueva Ley Concursal 22/2003*, Bosch, Barcelona, 2006; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003; Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.),

Comentario a la Ley Concursal, Civitas, Madrid, 2004; José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS, Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004; Juan SÁNCHEZ CALERO, Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, 4 vols., Valladolid, 2004; Luis USÓN DUCH (coord.), *La nueva Ley concursal. Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal*, Grupo Difusión, Madrid, 2003; Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, Madrid, 2003.

Finalmente, en el presente estudio de la PAC también tenemos en cuenta los trabajos sobre la figura del convenio en la legislación concursal anterior a la reforma. Así, Guillermo ALCOVER GARAU, “Los efectos de los convenios concursales en la fianza”, en Miguel MUÑOZ CERVERA, Ubaldo NIETO CAROL (coords.), *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, vol.1., Civitas, Madrid, 1996, págs.217-252; ÍB., “Aproximación al régimen jurídico de las ventajas especiales y de los acuerdos particulares en los convenios concursales”, CDC, núm.34, 2001, págs.51-66; ÍB., “Efectos del convenio concursal sobre los avales bancarios (comentario a la STS de 8 de enero de 1997)”, RDBB, núm.69, 1998, págs.155-160; Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “El convenio en la Propuesta del Anteproyecto de Ley Concursal del profesor Ángel Rojo”, en AA VV, *La reforma del Derecho Concursal*, CDC, Madrid, 1997, págs.89 y ss; Isabel CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Comares, Granada, 1999; José María DE LA CUESTA RUTE, “Los modos de terminación de la quiebra”, en AAVV, *Derecho Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial II, CGPJ, Madrid, 1992, págs.619 y ss.; Manuel DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, “La tramitación del convenio de quiebra de las sociedades anónimas”, DN, núm.57, 1995, págs.1-5; Ignacio DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, “Las causas de oposición a la aprobación del convenio en la suspensión de pagos”, en *Derecho Concursal*, Madrid, 1991, págs.240 y ss; Rafael GARCÍA VILLAVERDE, “Voz Convenio de la quiebra”, Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995, vol.1, págs.1692-1697; Rafael GONZALO BRAVO, “El convenio en la suspensión de pagos”, CDJ, CGPJ, 1992, págs.235-262; José Miguel GUILLÉN SORIA, *El convenio en las suspensiones de pagos*, Comares, Granada, 1996; Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *La oposición al convenio de la suspensión de pagos*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 2000; Jorge LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 2000; José MACHADO PLAZAS, “Convenio concursal y fianza (En torno a los efectos de la quita y espera concursales sobre la obligación del fiador)”, RGD, núm.657, 1999, págs.7497-7530; ÍB., *Convenio concursal y fianza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Jaime MAIRATA LAVIÑA, “La especialidad del convenio en la quiebra de las sociedades mercantiles”, RDS, núm.11, 1999, págs.260-284; Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs.525-548; José Antonio RAMÍREZ, *La quiebra*, Bosch, Barcelona, 1998; Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La tramitación escrita del convenio en la suspensión de pagos”, Poder Judicial, núm.33, 1994, págs.195-242; José María SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Bosch, Barcelona, 1989.; ÍB., “Reflexiones respecto de algunos aspectos de los expediente de suspensión de pagos desde su declaración hasta convenio”, CDJ, núm.5, Madrid, 1996, págs.117-238; ÍB., “Inteligencias fraudulentas en el concierto del convenio en la suspensión de pagos”, RGD, núm.642, 1998, págs.2567-2570; ÍB., “Convenio en la suspensión de pagos: su cumplimiento por los acreedores”, RGD, 1987, n.153, págs.3353 y ss.; Alberto SALA

naturaleza de la PAC, nos detendremos en las finalidades que el legislador asigna a la PAC, lo que nos llevará a reflexionar sobre la política legislativa de la LC en relación a las soluciones del concurso atendiendo a la función primordial del mismo. Por último abordaremos la caracterización de la PAC, partiendo de un análisis del panorama que nos ofrece el Derecho comparado en relación a las soluciones conservativas de los procedimientos concursales. En esta materia nos interesa especialmente el estudio del Derecho concursal norteamericano y, sobre todo, de los denominados *prepackaged bankruptcy plans*, pues, dadas sus similitudes con la PAC, nos ayudarán a detectar los aspectos determinantes en la funcionalidad de ésta. Uno de esos aspectos, fundamental para el éxito en la consecución de las finalidades de la PAC, y que el estudio del Derecho comparado pone de relieve es el grado de insolvencia del deudor, objeto de especial atención en la parte final del Capítulo junto con los posibles usos estratégicos de la PAC relacionados con una situación de insolvencia inminente alegada por el deudor a la hora de solicitar la declaración de concurso.

REIXACHS, *Las causas de impugnación al convenio en la suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1988; ÍB., *La terminación de la quiebra y el convenio concursal*, Bosch, Barcelona, 2000; ÍB., “Algunas críticas a la futura Normativa Concursal. Especial referencia al convenio”, *Revista Técnica*, Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas, núm.20, 2002, págs.54-67; Gemma Angélica SÁNCHEZ LERMA, “El momento de la proposición del convenio en la quiebra de sociedades. Análisis jurisprudencial”, *RDS*, núm.10, 1998, págs.228-242; Silvia TAMAYO HAYA, “Convenio de acreedores con el quebrado. Su naturaleza y alcance transaccional. Solidaridad y eficacia de la cosa juzgada”, *RDP*, núm.1, 1998, págs.465-480; Joaquín TORRES DE CRUELLES, *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1995; ÍB., “Naturaleza del convenio en la suspensión de pagos”, *RJC*, núm. 64, 1965, págs.1037-1039.

II. La PAC en la reforma concursal española introducida por la LC

Varias y diversas eran las preocupaciones del legislador a la hora de abordar la reforma del Derecho concursal español a través de la LC: *el arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales*⁴. Según la propia Exposición de Motivos de la LC, el arcaísmo y la dispersión eran debidos a la existencia de una dualidad de códigos de derecho privado, civil y mercantil, y a la regulación separada de las cuestiones procesales y las cuestiones sustantivas, así como la multiplicidad de procedimientos concursales existentes⁵ con presupuestos objetivos poco claros. De manera que con la LC se decide atajar los defectos de los que adolecía el Derecho concursal anterior a través de una reforma global inspirada en los principios de unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema o unidad procedimental⁶. La unidad legal supone la regulación en un

⁴ Vid., apartado I, párrafo primero, de la Exposición de Motivos de la LC.

⁵ Vgr. quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores, procedimiento de quita y espera.

⁶ Con respecto a esa enumeración de principios conviene hacer las observaciones siguientes. En primer lugar, aunque la LC equipara la unidad de sistema a la unidad procedimental, esta equivalencia no es exacta, pues la unidad de sistema es más amplia, se construye también sobre la unidad legal y la de disciplina, además de la de procedimiento. En este sentido se pronuncia Manuel OLIVENCIA RUIZ, “Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003”, en AAVV, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, RCP, 2004, págs.11-27. En segundo lugar, esta enumeración de principios contenida en la Exposición de Motivos de la LC ha sido matizada por la doctrina. Así, varios autores entienden que no todos los principios mencionados (unidad legal, de disciplina y de procedimiento) son tales principios. Así, según Manuel OLIVENCIA RUIZ, únicamente la unidad de disciplina supone un verdadero principio inspirador de la reforma concursal llevada a cabo por la LC, pues “marca fines y objetivos y supera los

solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, para ganar en claridad y simplificación, a diferencia de la situación anterior en la que el Código de Comercio de 1885 se ocupaba sólo de los aspectos materiales, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil hacía lo propio con lo procesales. Si bien es cierto que existen materias que han quedado fuera de la LC: aquellas que exigen rango de ley orgánica, tales como los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del deudor y que están recogidas en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, y el régimen especial de las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, que la Disposición Adicional 2ª LC mantiene en vigor, salvo en lo

del Derecho anterior”, mientras la unidad legal y la de procedimiento no pasan de ser meros criterios ordenadores o medidas de técnica legislativa, sin naturaleza normativa o axiológica como corresponde a los principios inspiradores del contenido de una norma. Vid. Manuel OLIVENCIA RUIZ, “Los principios de unidad de disciplina...”, *op.cit.*, págs.11-27. También Manuel LOZANO-HIGUERO se muestra crítico con la denominación de “principios” y propone el uso de los términos “criterios informadores” y “principios procesales” para aglutinar el conjunto de “pautas, notas o rasgos más relevantes, caracterizadores o informadores del conjunto normativo concursal”, en Manuel LOZANO-HIGUERO, “Criterios informadores y principios procesales de la nueva legislación concursal”, en AAVV, *La nueva ley concursal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, págs.1-7. Por su parte, José Manuel OTERO LASTRES duda de la verdadera existencia en la LC de una unidad legal, de disciplina y de procedimiento, puesto que, según él, a lo largo de la Ley, la intensidad de las palabras de la Exposición de Motivos queda rebajada y debe matizarse. Vid., José Manuel OTERO LASTRES, “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, *op.cit.*, vol.1, págs.413-426. Finalmente, la unidad del presupuesto objetivo que presupone el principio de unidad de procedimiento se consideraba más “aparente que real” según Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, quien distingue tres presupuestos objetivos diferentes (insolvencia inminente, actual y cualificada). Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Comentario al artículo 2”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal.*, *op.cit.*, pág.167.

Por otro lado, a la lista de principios mencionados la doctrina añade otros: los principios de unidad de denominación, unidad jurisdiccional, de continuación de la actividad empresarial y de conservación de la empresa. En este sentido, vid. Manuel OLIVENCIA RUIZ, *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Iustel, Madrid, 2006, págs.147-207., y José Manuel OTERO LASTRES, “Reflexiones sobre el principio de unidad”, *op.cit.*, págs.413-426. Sobre estos supuestos principios de continuación empresarial y conservación de la empresa no enunciados expresamente por el legislador pero implícitos según varios autores en el articulado de la LC trataremos en el siguiente punto de este apartado.

relativo a la composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal.

La unidad de disciplina, por su lado, comporta la superación de la diversidad de institutos concursales para comerciantes y no comerciantes, que se justificaba en el carácter sancionador del Derecho concursal anterior. Según el art.1 LC, la declaración de concurso procede respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, aunque se mantienen algunas especialidades según la condición del deudor: especialidades relativas a la solicitud de declaración de concurso (art.3 LC), a la contabilidad (art.6 LC), a la inscripción en el RM (art.24.2 LC), al contenido de la propuesta de convenio (art.100 LC), a las prohibiciones para presentar la PAC (art.105 LC), por mencionar sólo algunas.

Finalmente, la unidad de procedimiento determina la existencia de un único procedimiento, que recoge los institutos concursales existentes hasta el momento, estructurado en tres fases: una fase común, por un lado, y una fase de convenio y de liquidación, por otra⁷. La unidad de procedimiento impone a su vez la del presupuesto objetivo del concurso. La LC prevé un único presupuesto objetivo, que se identifica con la insolvencia, aquel estado patrimonial del

⁷ Aunque entendemos el procedimiento abreviado como una manifestación del principio de flexibilidad del procedimiento, algunos autores hablan de dualidad de procedimientos en relación a la existencia de este procedimiento abreviado. En este sentido, vid. José Manuel OTERO LASTRES, “Reflexiones sobre el principio de “unidad”...”, *op.cit.*, págs.413-426. Por su parte, y en la misma línea, José Luís VÁZQUEZ SOTELO defiende la existencia de un principio de dualidad procedimental, compatible con un principio de unidad institucional o procesal. Vid., José Luís VÁZQUEZ SOTELO, “La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal”, en AAVV, *La nueva ley concursal*, *op.cit.*, págs.9-27.

deudor en que no puede cumplir regularmente sus obligaciones (art.2 LC), y que puede ser actual o inminente, cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Esta unidad de procedimiento se consigue gracias a un principio de flexibilidad, que atiende a la necesidad de adaptar este único procedimiento concursal previsto en la LC a diversas situaciones y soluciones, tanto a la situación de insolvencia de un deudor persona física como al concurso de un gran empresa, según las exigencias del caso concreto, y de conseguir un procedimiento rápido, ágil y poco costoso, una de las máximas aspiraciones del legislador a la hora de abordar la reforma del Derecho concursal español⁸.

La flexibilidad de que dota el legislador al procedimiento concursal se consigue a través de diversas medidas. En primer lugar, los efectos de la declaración de concurso (arts.40-73 LC) se reducen a aquellos que beneficien la normal tramitación del procedimiento y se concede al juez potestad para adaptarlos a las circunstancias del caso. El art.40 LC, relativo a la suspensión e intervención de las facultades de administración y disposición del concursado sobre su patrimonio, es una clara muestra de ello, pues permite al juez acordar el cambio de las situaciones de suspensión o intervención para adaptarse a las circunstancias del caso concreto. En segundo lugar, se prevé un incidente concursal a través del cual se tramitan las cuestiones que se suscitan durante el concurso y que no tienen asignada en la ley una tramitación específica (arts.192-

⁸ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La Reforma del Derecho Concursal Español”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (dir.), *La reforma de la Legislación Concursal*, *op.cit.*, págs.87 y ss.

196 LC). El incidente concursal dota de celeridad al procedimiento, pues pretende una tramitación más rápida y económica pero sin merma de las garantías judiciales de los interesados. La LC complementa el incidente concursal con un sistema de recursos simplificado, en el que se han eliminado la variedad de recursos que existían con anterioridad que dilataban la tramitación de los procedimientos concursales (art. 197 LC). En cuarto lugar, el juez del concurso puede aplicar a determinados deudores un procedimiento abreviado, que supone una significativa economía de tiempo, en tanto que los plazos se reducen a la mitad (arts.190-191 *quáter* LC)⁹. Por último, otra de las manifestaciones del principio de flexibilidad es la incorporación en la LC de la PAC, cuya aprobación durante la fase común permite finalizar el procedimiento concursal sin necesidad de abrir la fase de convenio o la fase de liquidación, consiguiéndose de esta manera una notoria economía de tiempo y de costes del procedimiento¹⁰.

⁹ Vid., José Manuel OTERO LASTRES, “Reflexiones sobre el principio de “unidad”, *op.cit.*, págs.413-426.

¹⁰ Juana PULGAR EZQUERRA señala también la sanción prevista en el art.153.2 LC a los administradores que se demoren más de un año en las operaciones liquidatorias como una muestra más de la preocupación del legislador por procurar un procedimiento flexible y rápido. Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, págs.153-157.

Por otra parte, este principio de flexibilidad también inspira las sucesivas reformas de la LC. En este sentido, el Real Decreto-ley 3/2009 introduce la anticipación de la liquidación a través de la figura de la liquidación anticipada en el art.142 bis, persiguiendo de esta manera la tramitación anticipada de las soluciones del concurso, sean estas de carácter liquidativo o conservativo. Asimismo, la Ley 38/2011, a pesar de derogar el art.142 bis, introduce cambios en el régimen de apertura de la fase de liquidación del concurso, que hacen innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada, permitiendo tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos. Vid. apartado IV, párrafo segundo, del Preámbulo de la Ley 38/2011.

III. Concepto y naturaleza jurídica de la PAC

El apartado VI de la Exposición de Motivos de la LC presenta a la PAC como aquella propuesta de convenio que *el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o cuando se trate de concurso necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la ley establece, que puede permitir incluso la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso*. Esta presentación de la PAC contenida en la Exposición de Motivos nos ofrece los elementos esenciales para iniciar un análisis detenido de su concepto y naturaleza jurídica que nos permita seguir posteriormente con una descripción de sus rasgos más destacados.

1. Concepto y naturaleza jurídica del convenio concursal

La PAC es un tipo de propuesta de convenio y, por lo tanto, y al igual que la propuesta ordinaria de convenio, no deja de ser un elemento en el proceso de formación del convenio concursal. Por este motivo, con carácter previo al análisis de la naturaleza de la PAC, debemos detenernos en el concepto y naturaleza jurídica del convenio concursal en general.

Los trabajos doctrinales sobre la naturaleza jurídica del convenio son abundantes¹¹, para algunos incluso se ha escrito demasiado¹², pero es preciso

¹¹ Vid., Isabel CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación como medio de protección...*, *op.cit.*, esp. págs.164-174; Fernando CERDÁ ALBERÓ y Ignacio SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, *op.cit.*, esp.págs.214-216; José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, “El convenio en el concurso de acreedores”, *op.cit.*, esp. págs.297-304; Ramón GARCÍA LUENGO, “El convenio en la Ley Concursal”,

dilucidar esta cuestión para estar en disposición de determinar la disciplina supletoria del convenio concursal aplicable a las cuestiones no reguladas expresamente en la normativa concursal, como por ejemplo la nulidad del convenio. Tanto en la doctrina española como la extranjera, los posicionamientos sobre la naturaleza jurídica del convenio concursal son diversos, aunque pueden reducirse a dos: por un lado los que asignan a aquel una naturaleza esencialmente procesal y por otro lado los que ponen el acento en los elementos negociales o contractuales del convenio y que conforman la doctrina predominante en la actualidad¹³. Todas estas corrientes doctrinales tratan de dar respuesta principalmente a dos elementos que caracterizan al convenio concursal y que alteran la disciplina general de las obligaciones y contratos: en primer lugar, el convenio concursal despliega su eficacia no sólo sobre las partes que han aceptado su contenido sino también sobre los acreedores ausentes y disidentes (art.134 LC), y en segundo lugar, el convenio concursal requiere la aprobación judicial para ser eficaz (art.133 LC). Estos

op.cit., esp. págs.1726-1728; Rafael GARCÍA VILLAVERDE, “Convenio de la quiebra”, *op.cit.*, esp. págs.1692-1693; Jorge LÓPEZ CURBELO, “El convenio en la Ley Concursal. Especial referencia a su contenido”, *op.cit.*, esp. págs. 4601-4605; José MACHADO PLAZAS, *Convenio concursal y fianza*, *op.cit.*, esp. 24-35; Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, *op.cit.*, esp. págs.529-534; Rafael SARAZÁ JIMENA, “El convenio del concurso, una visión judicial”, *op.cit.*, esp. págs.75-77; Silvia TAMAYO HAYA, “Convenio de acreedores con el quebrado...”, *op.cit.*, págs.465-480; Joaquín TORRES DE CRUELLES, “Naturaleza del convenio en la suspensión de pagos”, *op.cit.*, págs.1037-1039; Felio VILARRUBIAS GUILLAMET, “El convenio anticipado en el nuevo Proyecto de Ley Concursal”, *op.cit.*, esp. págs.1898-1899.

¹² Vid., Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, *op.cit.*, pág.529. Según el citado autor, esta polémica es desmesurada en la medida en que el régimen jurídico del convenio ha de venir condicionado por las exigencias de la realidad económica y no por las derivadas de la categoría dogmática en que se le encuadre.

¹³ Para una descripción de las diversas propuestas entorno a la naturaleza jurídica del convenio concursal, vid. José MACHADO PLAZAS, *Convenio concursal y fianza...*, *op.cit.*, esp. págs.24-35.

elementos no están presentes en los contratos celebrados en sede extraconcursal, pues éstos, en virtud de los arts.1257.1 y 1259 Cc, sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y no sobre otras que no hayan prestado su consentimiento por ellas o por persona autorizada o representante, y ello sin necesidad de ulterior aprobación del mismo por parte de juez alguno, puesto que de conformidad con lo previsto en los arts. 1254 y 1258 Cc, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y se perfecciona por el mero consentimiento.

Como decíamos, las diferentes corrientes doctrinales sobre la naturaleza jurídica del convenio concursal tratan de dar una explicación a estos dos aspectos, que dificultan la atribución de naturaleza contractual al convenio concursal¹⁴. Así, para los autores que mantienen la naturaleza procesal del convenio concursal, el elemento clave reside en la intervención del juez del concurso, puesto que la fuerza vinculante del convenio concursal proviene de la resolución judicial que lo aprueba y que justifica la extensión de los efectos del convenio sobre todos los acreedores concursales, incluso los disidentes y ausentes¹⁵. Por su lado, las posiciones contractualistas ponen el acento en la consideración del convenio como un negocio jurídico, siendo varios los argumentos utilizados para justificar la extensión de los efectos del convenio

¹⁴ Vid., Jorge LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza...*, *op.cit.*, págs.167-168.

¹⁵ Este posicionamiento ha sido sobre todo acogido por parte de la doctrina alemana. Vid., SCHULTZE, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlín, 1880, citado por José MACHADO, *Convenio concursal y fianza...*, *op.cit.*, esp. págs.24-35.

concurstal a los acreedores disidentes y ausentes: en primer lugar, la actuación de los acreedores que votan a favor del convenio en interés común del conjunto de acreedores y que suple la voluntad de los acreedores disidentes y ausentes; en segundo lugar, la existencia de una voluntad presunta de los acreedores ausentes, que sería la de dar su conformidad a los acuerdos adoptados por la mayoría de acreedores, aunque este argumento deja sin justificar la eficacia del convenio sobre los acreedores disidentes; en tercer lugar, la aceptación de la propuesta del convenio por parte de la mayoría de acreedores en nombre propio y además en nombre y representación de los disidentes y ausentes; por su parte, la teoría de la obligación legal según la cual el convenio aprobado judicialmente vincula a los acreedores que votaron a favor del convenio, en base a la prestación de su consentimiento, y a los disidentes y ausentes, por imperio de la ley; finalmente, la existencia de una voluntad colectiva surgida de la aprobación del convenio por parte de una mayoría determinada y que persigue el interés común de los acreedores¹⁶. En cambio, también dentro del grupo de las posiciones contractualistas, existen los que conceden al convenio una naturaleza transaccional, equiparando el convenio concursal a la figura de la transacción, prevista en el art.1809 Cc, en tanto que contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado, otorgándole el valor de autoridad de cosa juzgada y la vía de apremio en virtud del art.1816 Cc¹⁷.

¹⁶ Este posicionamiento, en sus diferentes variantes, es mantenido por la doctrina francesa, italiana y predominante entre los autores españoles. Vid., ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turín, 1902; Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil II*, Madrid, 1940.

¹⁷ Acoge esta idea algún sector de la doctrina española, como Francisco VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1990, y

La LC despeja las dudas sobre la naturaleza del convenio mediante una escueta mención en la Exposición de Motivos: *el convenio es (...) un acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*¹⁸. En consecuencia la LC sitúa el convenio concursal dentro de la categoría del negocio jurídico, acogiendo a grandes rasgos la definición compartida por la mayoría de nuestra doctrina y formulada por el profesor GARRIGUES¹⁹, según la cual el convenio es un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores y sancionado por la autoridad judicial y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso a la liquidación en un procedimiento concursal. En general, pues, son reproducibles en el contexto de la LC las consideraciones doctrinales entorno a la naturaleza jurídica del convenio aprobado en un procedimiento de suspensión de pagos o de quiebra puesto que los elementos esenciales que determinan la naturaleza del convenio se mantienen en la nueva legislación concursal.

Con todo, hay aspectos que conviene matizar. En primer lugar, en la LC cabe la posibilidad de que este negocio jurídico que es el convenio no esté fundado en un acuerdo entre deudor y acreedores, en la medida en que no se exige en

Sebastián SASTRE PAPIOL, *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Bosch, Barcelona, 1990, y algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS de 18 de noviembre de 1997, sentencia comentada críticamente por Silvia TAMAYO HAYA, “Convenio de acreedores con el quebrado...”, *op. cit.*, o la más reciente STS de 20 de febrero de 2007.

¹⁸ Vid., apartado VI, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos de la LC.

¹⁹ Vid., Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil II*, Madrid, 1940, pág.526.

ningún momento el consentimiento del deudor como requisito para que el juez apruebe el convenio. Esta posibilidad puede plantearse en el caso de una propuesta de convenio presentada por los acreedores que reúnan la proporción de pasivo exigida por la LC que se somete a la votación del conjunto de los acreedores en junta y que consigue la mayoría legal necesaria para que el juez apruebe el convenio, sin que el deudor haya acudido a la junta a pesar del deber de asistencia a la junta que recae sobre él por orden del art.117 LC. Ciertamente podría entenderse que existe consentimiento tácito si el deudor no solicita la liquidación ni se opone al convenio con posterioridad a la aceptación del convenio. Pero en caso de existir oposición del deudor desestimada por el juez del concurso (arts.128-129 LC), hay actos concluyentes del deudor que demuestran su disconformidad con la propuesta de convenio. En esta situación, más que ante un negocio jurídico basado en el acuerdo entre el deudor y acreedores, nos encontramos ante un negocio jurídico plurilateral en el que se concitan los intereses de los acreedores del deudor, sin necesidad de aceptación por parte de éste último²⁰. Esta situación no se dará en el caso de un convenio aprobado mediante PAC, puesto que ésta sólo puede ser presentada por el deudor que reúne una serie de requisitos y nunca por sus acreedores, de manera que un convenio aprobado a través de la PAC es siempre un negocio jurídico entre el deudor y sus acreedores.

²⁰ Por este motivo, Ramón GARCÍA LUENGO entiende el convenio como un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades de la colectividad de los acreedores y aprobado por la autoridad judicial. Vid., Ramón GARCÍA LUENGO, “El convenio en la Ley Concursal...”, *op.cit.*, págs.1725-1759.

En segundo lugar, el aspecto procesal del convenio concursal en la LC aparece reforzado: por un lado, el art.100 LC establece unos límites respecto al contenido del convenio, que restringen la autonomía de la voluntad de que gozan las partes de un negocio jurídico en virtud del art.1255 Cc según el cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, con el único límite de las leyes, la moral y el orden público, límites que parecen ir en contra de la promoción por parte del legislador de la autonomía negocial de las partes en el concurso, tal como se desprende de las finalidades asignadas a la PAC que a continuación abordaremos, y que más adelante serán objeto de un crítico análisis. Y por el otro, se refuerza la posición del juez del concurso mediante la facultad de rechazar de oficio un convenio ya aceptado en virtud del art. 131 LC o a petición de la administración concursal o de los acreedores que sean titulares de al menos el cinco por ciento de los créditos ordinarios por motivos que no tienen que ver con un control de legalidad como es la inviabilidad objetiva del convenio (arts.128.2 y 129.3 LC). Sin embargo, debemos concluir que esta función de control de la resolución judicial aprobatoria no desvirtúa la naturaleza negocial del convenio, en tanto que el juez sólo puede rechazar el convenio si concurre alguna de las causas establecidas en el art.131 LC y no puede modificar en ningún caso su contenido, sólo subsanar errores materiales o de cálculo y fijar en caso de duda la interpretación que se adapta a la legalidad (art.129.1 LC).

Es precisamente esta aprobación judicial del convenio lo que permite que éste vincule al deudor y a los acreedores ordinarios (hayan o no votado a favor del convenio o se hayan adherido o no), subordinados y a los privilegiados que se

hubieren adherido o votado a favor del convenio (art.134 LC). La extensión de los efectos del convenio concursal a los acreedores ordinarios que no han votado a favor del convenio se debe a la aplicación de la regla de la mayoría en la aceptación del convenio²¹. Esta regla es necesaria para solucionar el problema de acción colectiva que surge ante una situación de insolvencia de un deudor con varios acreedores, es decir aquel en que los múltiples acreedores del deudor persiguen sus intereses individuales sin tener en cuenta cuál es la actuación que maximiza el interés de los acreedores en su conjunto, y exige la cooperación del conjunto de acreedores para llegar a la solución óptima en cuanto al uso que debe darse al patrimonio del concursado, evitando la actuación individual de cada uno de los acreedores que desmembraría dicho patrimonio y le restaría valor²². Y es que no podemos ignorar la naturaleza del procedimiento en el que se desenvuelve el convenio concursal y que necesariamente matiza su concepción negocial. Si no se alterasen las reglas contractuales que rigen fuera del concurso y se exigiese la unanimidad en la votación del convenio, el procedimiento concursal no podría cumplir su función²³.

²¹ Vid., José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, “El convenio en el concurso...”, *op.cit.*, págs.293-324.

²² Vid., Thomas H. JACKSON, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Beard Books, Maryland, 2001, págs.7-19. En el mismo sentido, vid. George TRIANTIS, “Mitigating the collective action problem of debt enforcement through Bankruptcy Law: Bill C-22 and its shadow”, *Can. Bus. L. J.*, 20, 1992, págs.242-260.

²³ Según Thomas H. JACKSON, la alteración en el concurso de la disciplina preconcursal sólo está justificada si sirve para cumplir la función del concurso. Vid., Thomas H. JACKSON, “Translating assets and liabilities to the bankruptcy forum”, en Jagdeep S.BHANDARI y Lawrence A. WEISS, *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs.58-72. En nuestro Derecho, vid. Joaquín BISBAL, “La insoponible levedad del Derecho concursal”, *RDM*, núm.214, 1994, págs.843-872.

2. Concepto y naturaleza jurídica de la PAC

A modo de resumen y a la vista de los elementos normativos que nos proporciona la LC, podemos afirmar que el convenio surgido de una PAC es un negocio jurídico *sui generis*, que comprende tanto elementos contractuales como procesales, pero con claro predominio de los primeros: por un lado, contiene un acuerdo entre el concursado y sus acreedores, formado a través de una oferta (PAC) y su aceptación (adhesión o voto favorable), por el cual se pueden pactar una diversidad de contenidos para satisfacer a los acreedores, pero por otro, para su eficacia es preciso un acto procesal a través del cual el juez ejerce una función de control de la legalidad del convenio mediante resolución judicial de aprobación del convenio.

Como hemos apuntado ya anteriormente, la PAC no es aún ese negocio jurídico sino que se sitúa en la fase de gestación de dicho negocio jurídico. Un examen detenido de los diferentes elementos presentes en la formación de un negocio jurídico muestra que la propuesta de convenio de la LC encaja en el concepto de oferta contractual²⁴. La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, con la finalidad de celebrar un determinado contrato, que debe contener todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado, sin necesidad de ulteriores manifestaciones por parte

²⁴ Jorge LÓPEZ CURBELO, en relación al convenio de suspensión de pagos, llama a la propuesta de convenio presentada por el deudor “proyecto de convenio”. Vid., Jorge LÓPEZ CURBELO, *Concepto y naturaleza...*, *op.cit.*, pág.167. Por su parte, vid. María ÁLVAREZ SAN JOSÉ, “El problema de la modificabilidad...”, *op.cit.*, págs.217-247, quien define también la propuesta de convenio como una oferta contractual.

del oferente, y si se trata de un contrato que requiera una forma determinada, la oferta también debe cumplir con la forma exigida²⁵.

En efecto, la PAC es una oferta emitida por el deudor y dirigida a los acreedores para celebrar un convenio concursal, que reúne todos los elementos para la existencia del futuro convenio concursal y los acreedores se limitan a aceptarla o rechazarla. Incorpora asimismo los requisitos de forma y de contenido que exige la LC (arts.99-102 LC), y por virtud del art.114.2 LC, una vez admitida a trámite la propuesta de convenio no puede revocarse ni modificarse²⁶. Asimismo, conforme al art.103 LC, las adhesiones a la PAC deben ser puras y simples, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno. Por lo tanto, la propuesta de convenio en la LC no puede modificarse y el convenio que finalmente se apruebe por el juez debe tener el mismo contenido que la propuesta inicialmente presentada por el deudor²⁷. Por último, esta oferta que es la PAC requiere, por exigencias del fundamento del procedimiento concursal, de la

²⁵ Vid., Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.1, Tecnos, 1988, págs.204-206.

²⁶ El art.106 LC, que regula la admisión a trámite de la PAC, no contiene ninguna previsión sobre la posibilidad de modificar o no la PAC presentada una vez admitida a trámite. En cambio, el art.114 LC, que regula la admisión a trámite de la propuesta ordinaria de convenio, sí prevé que una vez admitidas a trámite, no pueden revocarse ni modificarse las propuestas de convenio. Como analizaremos en el siguiente capítulo, la regulación de la propuesta ordinaria de convenio debe aplicarse analógicamente a la admisión a trámite de la PAC, porque existe identidad de razón entre la admisión a trámite de la propuesta ordinaria y la de la PAC (art.4 Cc) y porque no existe justificación en la LC que permita modificar las propuestas ya admitidas a trámite en el caso de la PAC.

²⁷ Vid., Rafael SARAZÁ JIMENA, “El convenio del concurso...”, *op.cit.*, págs-67-96.

aceptación de la mayoría legalmente exigida de acreedores (art.124 LC) y de la posterior aprobación judicial para desplegar sus plenos efectos (art.133 LC).

3. Rasgos característicos de la PAC

Una aproximación inicial al régimen especial de la PAC, previsto en los arts.104-110 LC, muestra que se trata de una propuesta de convenio que los deudores que reúnen determinadas condiciones pueden presentar con la propia solicitud de concurso voluntario o hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos en caso de concurso necesario y que debe ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor para poder ser admitida a trámite o bien que alcancen la décima parte del mismo pasivo si la PAC se presenta con la propia solicitud de concurso voluntario (art.106 LC). A partir de su admisión a trámite y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá adherirse a la propuesta. De esta manera, si la PAC es aceptada por acreedores que titulen créditos por importe de al menos la mitad del pasivo ordinario del concurso durante la fase común del concurso, la aprobación judicial del convenio tiene lugar durante la misma fase, sin necesidad de abrir la fase de convenio. En caso de no ser aprobada en la fase común y de que el deudor decida mantenerla (art.111 LC), se abrirá la fase de convenio para que sea sometida a votación en junta de acreedores o para que

siga la tramitación escrita, con lo que queda claro que la aprobación judicial anticipada del convenio no es una nota definitoria esencial de la PAC²⁸.

De esta breve introducción a la PAC podemos extraer ya aquellos rasgos específicos que la diferencian de la propuesta ordinaria de convenio. En primer lugar, la PAC sólo puede ser presentada por el deudor (art.104 LC), a diferencia de la propuesta ordinaria de convenio, que puede ser presentada tanto por el deudor como por los acreedores (art.113 LC). En segundo lugar, sólo puede ser presentada por determinados deudores: aquellos que no incurran en ninguna de las prohibiciones establecidas en el art.105 LC. Por el contrario, la propuesta ordinaria puede ser presentada por cualquier tipo de deudor, incurra o no en las mencionadas prohibiciones. En tercer lugar, la PAC puede presentarse desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art.104 LC). Por su parte, la propuesta ordinaria puede presentarse transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la

²⁸ Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO considera la PAC una especialidad de convenio configurada con carácter restrictivo. Pero va más allá y utiliza la expresión “convenio anticipado” para referirse a la PAC. Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio anticipado, op.cit.*, págs.13 y ss. Aunque esta expresión es poco afortunada, en la medida en que lo que es anticipado en todo caso es la propuesta, no la aprobación de dicha propuesta que dará lugar al convenio. Es decir, sólo será convenio anticipado si ha conseguido aprobarse también anticipadamente, lo cual dependerá de cada situación concreta, puesto que la aprobación anticipada, como decimos, no es un elemento definitorio de la PAC. En esta misma línea se pronuncia Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, al reconocer que la PAC no tiene por qué traer necesariamente un convenio anticipado, esto es un convenio que sea plenamente eficaz antes de que se haya abierto la fase de convenio. Si no procediera la aprobación del convenio procedente de una PAC en la fase común, el deudor podría decidir mantener su propuesta y someterla a la junta de acreedores, en cuyo caso una propuesta originariamente anticipada podría culminar en un convenio tramitado en su fase concursal específica. Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 104”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU, Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal, op.cit.*, págs.1059-1065.

secretaría del juzgado los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores, o bien desde la convocatoria de la junta de acreedores hasta cuarenta días antes de la fecha de su celebración (art.113 LC). Por último, para ser admitida a trámite la PAC debe ir acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje establecido en el art.106 LC, requisito que no se exige en el caso de la propuesta ordinaria.

A estos rasgos debemos añadir otras particularidades que aparecen a lo largo del régimen especial de la PAC. Así, el art.104.2 LC permite superar más fácilmente los límites de las quitas y esperas fijados en el art.100.1 para la propuesta ordinaria. Por otro lado, el art.107 LC prevé que el juez pueda dejar sin efecto la admisión de la PAC o la continuación de su tramitación en caso de informe de la administración concursal desfavorable o con reservas, posibilidad no contemplada en el art.115 LC para el caso de la propuesta ordinaria²⁹.

²⁹ El Real Decreto-ley 3/2009 da una nueva redacción al art.124 LC, donde se encuentra el régimen de las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio y que, hasta la reforma introducida por aquél, para considerar aceptada una PAC era necesaria en todo caso la adhesión de la mitad del pasivo ordinario del concurso, no siéndole de aplicación la mayoría especial que regía en el caso de la propuesta ordinaria que consistiese en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, que exigía únicamente para su aceptación que votase a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que votase en contra. Con la nueva redacción del art.124 LC, en las propuestas que incorporen tal contenido y se tramiten por escrito también será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra, para lo cual los acreedores contrarios a dichas propuestas deberán manifestar su voto en contra con los mismos requisitos y plazos previstos para las adhesiones.

IV. Finalidades de la PAC

Todo este conjunto de particularidades que presenta la PAC frente a la propuesta ordinaria de convenio responden a la voluntad del legislador de configurar la PAC como un mecanismo con unas finalidades concretas, adicionales a las propias de cualquier tipo de propuesta de convenio, cuya consecución ha de contribuir a alcanzar el procedimiento poco costoso, rápido y ágil pretendido por el legislador.

Fijado ya el concepto y la naturaleza jurídica de la PAC y vistos sus elementos principales, a continuación iniciamos el examen de las finalidades que el legislador atribuye a esta nueva figura jurídica del sistema concursal español, pues este examen, como ya hemos avanzado, nos permitirá, posteriormente, analizar la consistencia de su régimen jurídico con las mismas y también con el fundamento del procedimiento concursal.

1. Finalidades propias de la PAC

El examen de la Exposición de Motivos de la LC permite descubrir que el legislador ha atribuido expresamente, junto a las finalidades comunes asignadas al convenio concursal en general, hasta tres finalidades distintas a la PAC. Si bien la consecución de estas finalidades por parte de la PAC está en función no de las manifestaciones realizadas por el legislador en la Exposición de Motivos sino de su régimen jurídico, explicitarlas nos permitirá descubrir la consistencia

de este con aquellas y, sobre todo, con el fundamento del procedimiento concursal.

1.1. La PAC como mecanismo reductor de los costes del procedimiento concursal

Advierte la Exposición de Motivos de la LC que *la regulación de la PAC permite incluso la aprobación del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales*³⁰. Esta nota evidencia la intención del legislador de asignar a la PAC la finalidad de reducir los costes del procedimiento concursal. Tal constatación hace conveniente detenerse a examinar cuáles son los costes que la PAC consigue reducir.

La clásica clasificación de los costes de un procedimiento concursal distingue entre los costes directos e indirectos³¹. Los primeros incluyen todos los costes relacionados con el propio desarrollo del procedimiento concursal y pueden identificarse principalmente con las costas y gastos judiciales enumerados en el art.84.2.2º LC, considerados como créditos contra la masa y que por lo tanto serán satisfechos antes de proceder al pago de los créditos concursales

³⁰ Vid., apartado VI, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos de la LC.

³¹ Vid., Lawrence A. WEISS, “Bankruptcy resolution: direct costs and violation of priority of claims”, en en Jagdeep S. BHANDARI y Lawrence A. WEISS, *Corporate Bankruptcy, op.cit.*, págs.260-277, y Michelle J. WHITE, “The costs of corporate bankruptcy: a U.S.-European comparison”, en Jagdeep S. BHANDARI y Lawrence A. WEISS, *Corporate Bankruptcy, op.cit.*, págs.467-500. Esta última define los costes concursales como toda reducción en el valor de los activos en el mundo real en relación a un hipotético mundo con plena información, sin aversión al riesgo, sin costes de transacción causado por el concurso.

(arts.84.2.2 y 154 LC), concreción del art.241 LEC relativo a las costas y gastos del proceso en general³²: costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración de concurso, adopción de medidas cautelares, gastos de publicidad, la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, hasta la conclusión del concurso.

Los segundos, en cambio, comprenden una amplia variedad de costes a menudo no tan fáciles de valorar como los costes directos y que en general hacen referencia a las pérdidas de ventas, inversiones y de valor de los activos del patrimonio del concursado por causa del concurso. La doctrina los agrupa en aquellos costes ocasionados antes de la declaración del concurso y en aquellos ocasionados con posterioridad. En cuanto a los primeros, son costes que surgen antes de la solicitud de concurso provocados por conductas de sobreinversión, subinversión y demora en la solicitud de declaración de concurso llevadas a cabo por el deudor o sus administradores en un intento de evitar los efectos perniciosos que para ellos puede tener el concurso. Los efectos de sobreinversión se refieren al hecho de que los administradores de las empresas con problemas financieros tienen un incentivo para arriesgar en la toma de decisiones de inversión en un intento de evitar el concurso en la medida en que las pérdidas derivadas de malas decisiones son soportadas por los acreedores y no por los administradores y estos a su vez pueden beneficiarse de aquellas decisiones que resulten acertadas. En efecto, si las decisiones tienen éxito, los

³² Vid., María Victoria ULL SALCEDO, *Los costes del nuevo procedimiento concursal*, Dykinson, Madrid, 2006, esp. págs.75-91.

beneficios permiten a la empresa evitar o si más no demorar el concurso; si fracasan, la empresa entra en concurso pero los administradores no están en una peor situación personal puesto que la empresa entraba en concurso igualmente y son los acreedores los que soportan los costes de decisiones arriesgadas en forma de una menor cuota de satisfacción de sus créditos. Los efectos de subinversión explican, por el contrario, los incentivos que tienen los administradores de empresas con problemas financieros para ignorar inversiones económicamente eficientes en tanto en cuanto estas inversiones mejoran la situación de los acreedores y no necesariamente la suya propia. Por último, los administradores también están incentivados a demorar la solicitud de declaración de concurso por efecto de las sanciones que puedan recaer sobre ellos en sede concursal, como pueden ser la pérdida de sus puestos de trabajo, la responsabilidad por una gestión negligente que haya agravado la insolvencia. La demora en la solicitud de la declaración de concurso no tiene coste económico si la empresa es económicamente eficiente, pero si la empresa es económicamente ineficiente la demora aumenta los costes concursales³³.

Por otro lado, los costes que pueden aparecer después de la declaración de concurso son provocados por errores en la valoración de las empresas. Así, las empresas económicamente ineficientes pueden ser consideradas erróneamente como empresas eficientes y reorganizadas cuando deberían haber sido liquidadas, decisión que genera costes por la infrautilización de los recursos patrimoniales de la empresa, esto es los costes de dar un uso a los activos

³³ Vid., Michelle J. WHITE, “The costs of corporate bankruptcy...”, *op.cit.*, págs.467-500.

patrimoniales que no es el que maximiza su valor. O bien puede suceder que las empresas económicamente eficientes pero con problemas financieros sean liquidadas, situación en la que aparecen costes inherentes a la pérdida del valor de la empresa en funcionamiento, capital humano específico y costes de transacción de reemprender la actividad. Cuando una empresa económicamente eficiente entra en concurso, el resultado óptimo es continuar en funcionamiento puesto que sus activos no tienen un uso mejor. En cambio, cuando una empresa económicamente ineficiente entra en concurso, el resultado óptimo es liquidar y dar a sus activos un uso más rendible, de más valor³⁴.

Al incremento de los costes del concurso contribuyen diversos factores. Entre ellos destaca, en primer lugar, la aparición de conductas estratégicas provocadas por los conflictos de interés entre el deudor y sus acreedores a la hora de decidir la solución a la situación de insolvencia del primero, que pueden llevar a un uso meramente estratégico del concurso que no conlleve la reducción de costes de transacción que se le presupone y por lo tanto no logre maximizar el valor del patrimonio del deudor³⁵. En segundo lugar, otro de los elementos que agravan los costes del procedimiento concursal descritos, especialmente los costes directos, es su excesiva duración. Es clara la relación estrecha que existe entre la duración del procedimiento concursal y los costes que acarrea este procedimiento: cuanto más se prolongue en el tiempo el procedimiento concursal, mayores serán los costes judiciales y empresariales que deberá

³⁴ Vid., Michelle J. WHITE, *ibidem*.

³⁵ Vid., Joaquim BISBAL, “La insoportable levedad...”, *op.cit.*, pág.848.

soportar el patrimonio del deudor. Y dado que los activos del concurso pueden sufrir una pérdida de valor por estar inactivos o sujetos a incertidumbre, el tiempo se convierte en un elemento crucial en la resolución de la situación de insolvencia del deudor. Porque no sólo aumentan los costes del proceso, sino que el transcurso del tiempo prolonga la incertidumbre respecto al patrimonio del deudor y acaba erosionando su valor, provocando unos efectos sobre la actividad económica del deudor y su viabilidad claramente adversos³⁶. Por último, esta duración también se ve incrementada por la presencia de asimetrías en la información, que exigen al tribunal y a los órganos del concurso descubrir y proporcionar a los acreedores la información relevante para tomar una decisión sobre el futuro de la empresa, lo que implica una mayor carga de trabajo para los órganos del concurso.

La finalidad de reducir los costes del concurso que se atribuye a la PAC afecta tanto a los directos como a los indirectos, pues la PAC actúa sobre los diversos factores que contribuyen al aumento de los diferentes costes del concurso. Es

³⁶ Esta repercusión negativa es especialmente evidente en los concursos de empresas cotizadas, puesto que los mercados incorporan rápidamente la información sobre la insolvencia en los precios y el coste del concurso puede analizarse a través de la evolución del precio de las acciones. En este sentido, vid. Lynn M. LoPUCKI y Joseph W. DOHERTY, “The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy Reorganization Cases”, *J. Empirical Legal Stud.*, vol.1, 2004, págs.111-141.

En el Derecho concursal estadounidense, uno de los ejemplos paradigmáticos sobre el impacto del concurso en el valor de mercado de la compañía y por tanto un supuesto único para analizar los costes del procedimiento lo proporcionó el conflicto entre Texaco y Pennzoil, donde el valor de las acciones de Texaco sufrió una caída espectacular a lo largo de los más de cuatro años que duró la batalla legal entre ambas compañías y que no llegó a ser capturada de ninguna manera por el aumento en el valor de las acciones de Pennzoil. Para un análisis de este caso, vid. David CUTLER y Lawrence SUMMERS, “The costs of conflict resolution and financial distress: Evidence from the Texaco-Pennzoil litigation”, en Jagdeep BHANDARI y Lawrence WEISS, *Corporate Bankruptcy*, *op.cit.*, págs. 279-297.

clara la importancia de la PAC en la reducción de los costes directos, pues se erige en una de las medidas que la LC incorpora para mitigar el problema de la excesiva duración del procedimiento concursal, reduciendo tiempo y, por tanto, costes y agilizando en definitiva la tramitación del concurso³⁷. Y esto lo consigue a través de la eliminación de fases del concurso y trámites procesales acelerando el procedimiento hacia su conclusión³⁸. En efecto, si se aprueba una PAC durante la fase común del concurso, el procedimiento concursal finaliza con la misma, sin necesidad de abrir la fase de convenio o la de liquidación. También en el caso de que la PAC no sea aprobada durante la fase común pero sea mantenida para su sometimiento a la junta de acreedores existe una reducción de los costes del procedimiento, puesto que el juez dicta el auto de convocatoria de la junta sin necesidad de una nueva resolución sobre la propuesta ni informe de la administración concursal (art.111 LC)³⁹. De esta manera, al reducir el

³⁷ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La reforma del Derecho concursal”, *op.cit.*, págs.87 y ss.

³⁸ Vid., Marta ZABALETA DÍAZ, *El principio de conservación de la empresa...*, *op.cit.*, págs.232-235.

³⁹ En este sentido, contamos con los datos que proporciona el Anuario 2009 del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España sobre estadística concursal que confirman, a pesar de que el procedimiento sigue alargándose bastante, las ventajas que se atribuyen a las PACs, dado que se aprueban en un tiempo significativamente menor: desde el inicio de un procedimiento ordinario hasta la aprobación de un convenio por medio de junta de acreedores se consume una mediana de 13 meses, tiempo que se reduce hasta 10 meses en las propuestas anticipadas de convenio. La PAC aprobada en la fase común evita la complejidad que supone alcanzar un convenio en junta de acreedores y los aproximadamente tres meses que se invierten hasta aprobarlo. También es interesante constatar, aunque se ha registrado un número reducido de convenios aprobados por la vía abreviada, que la combinación del procedimiento abreviado y el uso de la PAC supone una reducción importante del tiempo necesario para concluir un concurso: 6 meses para aprobar un convenio anticipado mediante tramitación abreviada, y 12 meses para aprobar un convenio en junta mediante tramitación abreviada. Vid. Esteban VAN HEMMEN ALMAZOR, *Estadística Concursal Anuario 2009*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs.81-82.

tiempo consumido en el procedimiento concursal, la PAC reduce las repercusiones negativas sobre el patrimonio del deudor y las costas y gastos judiciales.

Pero la PAC no sólo reduce los costes directos, sino que también reduce los costes indirectos del concurso, aquellos producidos por conductas de sobreinversión, subinversión y demora en la solicitud de la declaración de concurso. Esto es así porque al tratarse, como seguidamente veremos, de una solución beneficiosa no sólo para los acreedores sino también para el deudor, la PAC reduce los costes de utilización estratégica del concurso por parte del deudor o de sus administradores. Y es que la solución cooperativa que representa la PAC le puede permitir al deudor conservar sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido sólo a la intervención de los administradores concursales, mientras acuerda con sus acreedores la solución a sus problemas financieros de manera menos costosa y más rápida que una propuesta ordinaria de convenio y por lo tanto con un menor impacto sobre su actividad empresarial, lo cual, es claro, le beneficia. Asimismo, la PAC, debido a su presentación con la adhesión necesaria de una quinta o décima parte del pasivo del deudor y a las prohibiciones del art.105 LC y por consiguiente a la necesaria actitud cooperativa del deudor, contribuye a la reducción de las asimetrías de información que podrían aparecer haciendo el concurso más costoso, en la medida en que indica que hay acreedores dispuestos a aceptar la propuesta de convenio presentado por el deudor y que este está interesado en colaborar con la administración concursal suministrando

toda la información útil para los acreedores para así finalizar cuanto antes el concurso.

1.2. La PAC como mecanismo anticipador de la declaración de concurso

Más allá de dar respuesta al problema de la excesiva duración y consiguientes costes del procedimiento concursal, en tanto que medida simplificadora del concurso y reductora de plazos, a la PAC también se le atribuye otra finalidad que da respuesta a otra problemática acometida en el momento de la reforma concursal: la de anticipar en el tiempo la apertura del procedimiento concursal⁴⁰. Este objetivo del legislador concursal refleja la preocupación sobre las consecuencias perniciosas que para la satisfacción de los acreedores puede tener la declaración de un procedimiento concursal en un momento inoportuno, esto es cuando hay una la declaración tardía del concurso porque ya se ha producido un deterioro del patrimonio del deudor tal que dificulta la solución que maximiza la satisfacción de los acreedores, o bien cuando existe una declaración demasiado temprana del mismo, debido a conductas estratégicas de las partes, porque aún no existe una situación de insolvencia actual y la declaración del concurso podría haber impedido un acuerdo extrajudicial más satisfactorio para el interés de los acreedores, aunque sin duda la situación más frecuente es la primera⁴¹.

⁴⁰ Vid., Aurelio MENÉNDENZ MENÉNDEZ, “Hacia un nuevo Derecho concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol.4, Civitas, Madrid, 2002, págs.5931-5944.

⁴¹ Vid., Thomas JACKSON, *The Logic and Limits...*, *op.cit.*, págs.193-208.

El problema del inicio oportuno del procedimiento concursal consiste en que ni el deudor ni los acreedores están dispuestos a provocarlo: aquél porque ya no tiene nada que perder si la situación de insolvencia es irrecuperable y estos porque prefieren recurrir a las acciones individuales de las que son titulares para conseguir la satisfacción de sus créditos. En la medida en que la función del concurso es la máxima satisfacción de los acreedores, los principales interesados y beneficiarios de una declaración oportuna del concurso son los propios acreedores y bajo esta premisa cabría esperar que fuesen ellos los que la solicitasen con más frecuencia⁴². Pero la realidad es otra: los supuestos de concurso necesario son la excepción, entre otras razones por las asimetrías de información que sufren los acreedores, especialmente los acreedores ordinarios⁴³. De manera que la apertura oportuna del concurso depende de que aquel que está en mejores condiciones para conocer la situación financiera del deudor, o sea el propio deudor, la solicite. Nos encontramos, pues, ante una situación en la que el inicio de un procedimiento judicial impuesto para beneficiar al conjunto de acreedores depende de la voluntad del deudor, que actuará en su propio interés, y no en el de los acreedores.

Esta dependencia de la voluntad del deudor para iniciar el procedimiento sería consistente con la función del concurso si los intereses del deudor se alineasen

⁴² Vid., Douglas BAIRD, "The initiation problem in bankruptcy", *Int'l Rev. L. & Econ.*, núm.11, 1991, págs.223-232.

⁴³ De nuevo, el Anuario 2009 del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España nos proporciona el dato: de los concursos iniciados en el año 2009, 191 fueron necesarios (4,56%) mientras que los 3999 restantes fueron voluntarios (95,44%).

con los intereses del conjunto de acreedores, de manera que el deudor estuviese interesado en solicitar el concurso cuando dicha solicitud también fuese en interés de los acreedores. Sin embargo, el deudor, lejos de percibir el concurso como un mecanismo para resolver adecuadamente sus problemas de solvencia, no solicita el concurso hasta que ve amenazada la integridad de su patrimonio y, existiendo el riesgo de que los acreedores soliciten el concurso necesario porque su situación de insolvencia es actual, quiere evitar la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio que la declaración de concurso necesario acarrearía⁴⁴. Para que el Derecho concursal pueda cumplir su función, pues, debe conseguir que el procedimiento concursal resulte beneficioso no sólo para los acreedores sino también para el deudor, de manera que este no perciba el concurso como negativo para sus intereses y al que sólo recurra cuando ya se haya producido un deterioro significativo en el valor de su patrimonio, sino que, al contrario, resulte una forma de resolver sus problemas financieros de forma satisfactoria para él.

Ante este escenario, la LC debe orquestar los mecanismos necesarios para inducir a las partes, deudor y acreedores, a solicitar la declaración de concurso en el momento oportuno. Por un lado, la vía directa para anticipar la apertura del procedimiento concursal se encuentra en la previsión de la insolvencia inminente, además de la insolvencia actual, como presupuesto objetivo de

⁴⁴ Vid., Douglas BAIRD, “The initiation problem in bankruptcy”, *op.cit.*, págs.223-232.

apertura del concurso⁴⁵. Por otro lado, las medidas indirectas se basan en un sistema de incentivos a los legitimados para solicitar la declaración de concurso, que pueden presentarse en forma de incentivos negativos (*sticks*) o bien en forma de incentivos positivos (*carrots*)⁴⁶. Los incentivos negativos o sanciones previstos en la LC son los derivados del incumplimiento del deber de solicitar el concurso (art.165.1º LC), que comportan la presunción de dolo o culpa grave a la hora de calificar el concurso, la posible inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona durante un período de 2 a 15 años en caso de calificarse el concurso como culpable (art.172.2.2º LC) y la condena a los administradores de la persona jurídica a la cobertura, total o parcial, del déficit resultante de la liquidación cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y aquellos hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación (art.172 bis LC, en relación con el art.48 ter LC, introducidos por la Ley 38/2011 en sustitución de los anteriores arts.172.3 y 48.3 LC respectivamente)⁴⁷. Mientras

⁴⁵ Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, ADConcursal, núm.11, 2007, págs.29-52.

⁴⁶ Vid., Randal PICKER, “Voluntary petitions and the creditors’ bargain”, U. Cin. L. Rev., núm.61, 1992-1993, págs.519-541.

⁴⁷ Respecto a la condena impuesta a los administradores de la persona jurídica concursada, existe una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza, sobre si se trata de una verdadera sanción o bien si debe entenderse como una responsabilidad por daños. Sobre esta polémica, vid. José MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable*, Civitas, Navarra, 2006, esp. págs.261-307.

Entre los que piensan que el art.172 bis LC prevé una indemnización por daños se encuentra un sector minoritario de la doctrina. Vid. Alberto ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores”, en Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Alberto ALONSO UREBA y Juana PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho concursal*.

que los incentivos positivos se muestran en la suspensión de las acciones individuales de los acreedores dirigidas contra el patrimonio del deudor (arts.55 y 56 LC), el mantenimiento de las facultades de administración y disposición del patrimonio en caso de concurso voluntario (art.40 LC) y la consideración como

Estudio sistemático..., *op.cit.*, págs.539-544. A nivel jurisprudencial, el AAP Barcelona de 6 de febrero, en el cual el juez resuelve dejar sin efecto el embargo de los bienes del administrador de la sociedad concursada acordado por el juez al apreciar la existencia de indicios suficientes de que el concurso iba a ser calificado como culpable, entiende que el art.172 bis LC contiene los elementos propios de una responsabilidad civil por daños. El Fundamento de Derecho Segundo, al analizar las condiciones que deben reunirse para aplicar el embargo del art.48 ter LC, se detiene a especificar la naturaleza de la responsabilidad del art.172 bis LC, llegando a la conclusión de que se trata de una responsabilidad por daño y culpa y que por lo tanto sólo procederá cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave del administrador, conforme al art.164.1º LC. De esta manera, el juez podría condenar o no y la condena a pagar el pasivo no cubierto sería procedente sólo si se prueba la relación de causalidad entre la conducta culposa del administrador y el daño producido. En el mismo sentido se pronuncia la SJM núm.2 de Barcelona de 19 de enero de 2007.

Es mayoritaria, en cambio, la doctrina que opina que estamos ante una sanción de naturaleza civil y no indemnizatoria, de aplicación automática como consecuencia de calificar el concurso como culpable que debe ser impuesta de oficio por el juez, negándose así la legitimación de los acreedores concursales al ejercicio de una acción de indemnización de daños y perjuicios. Vid. Josep Oriol LLEBOT MAJÓ, “La responsabilidad concursal de los administradores”, RGD, núm.657, 1999, págs.7559-7566. Los argumentos en que se basa dicho posicionamiento son la desvinculación entre la condena a los administradores y el daño que su conducta haya causado al patrimonio del concursado. En el mismo sentido se manifiesta José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “La responsabilidad concursal”, en Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs.281-336. Este posicionamiento también tiene respaldo en la jurisprudencia. En concreto, la SAP de Madrid de 5 de febrero de 2008.

Finalmente el TS se ha pronunciado sobre esta cuestión y en la STS de 23 de febrero de 2011 viene a decantarse por el primer posicionamiento expuesto, al afirmar que *el art.172.3 LC carece de la naturaleza sancionadora que le atribuye el recurrente, dado que en él la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales deriva de serles imputable, por haber contribuido con dolo o culpa grave, la generación o agravamiento del estado de insolvencia de la sociedad concursada. (...) En definitiva la mencionada norma cumple una función reguladora de responsabilidad por daño* (Fundamento de Derecho Séptimo).

crédito privilegiado del importe del crédito de que sea titular el acreedor que inste el concurso, hasta el cincuenta por ciento de su importe (art.91.7º LC)⁴⁸.

La intencionalidad del legislador respecto a la PAC como uno más de estos incentivos positivos previstos para anticipar la declaración de concurso queda reflejada nuevamente en la Exposición de Motivos de la LC, al referirse al deber de solicitar la declaración de concurso: *el sistema combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario, las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y el otorgamiento al crédito del acreedor instante de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo*⁴⁹. Es en este grupo de estímulos a la solicitud de concurso voluntario donde se halla la PAC, en la medida en que es una solución que beneficia no únicamente a los acreedores sino también al deudor. Es un estímulo para que el deudor solicite la declaración de concurso en un momento oportuno, permitiéndole una solución más rápida y por esto menos costosa a su insolvencia y a los acreedores una

⁴⁸ Sobre los incentivos para la detección de la insolvencia en la doctrina española, vid. Juan Ignacio PEINADO GRACIA, “Cooperación y pillaje en el concurso”, ADConcursal, núm.9, 2006, págs.231-257. En especial sobre el privilegio del acreedor instante del concurso, vid. José María GARRIDO, “El privilegio del acreedor instante de la quiebra”, RDM, núm.206, 1992, págs.799-818.

⁴⁹ Vid., apartado II, párrafo noveno, de la Exposición de Motivos de la LC.

mayor satisfacción de sus créditos basada en un menor deterioro del patrimonio del deudor⁵⁰.

1.3. La PAC como mecanismo favorecedor del convenio

De la descripción que la Exposición de Motivos de la LC realiza de la PAC se extrae una finalidad ulterior de esta última, junto con las relativas a la reducción de costes y a la anticipación de la declaración de concurso: la de favorecer la consecución de un convenio. Según las propias palabras de la Exposición de Motivos de la LC, *entre las medidas para facilitar el convenio destaca la admisión de la propuesta anticipada de convenio, puesto que el convenio es la solución normal del concurso*⁵¹.

De esta manera podemos afirmar que la PAC forma parte de un conjunto de técnicas que el legislador utiliza para favorecer la consecución de un convenio en el procedimiento concursal, que se concentran principalmente a nivel de articulado en el tratamiento de la apertura de las fases de convenio y de liquidación en el art.111 LC, a tenor del cual cuando el concursado no haya solicitado la liquidación y no haya sido aprobada ninguna PAC, el juez debe proceder a abrir la fase de convenio, dejando la liquidación como una solución

⁵⁰ La finalidad de anticipación de la declaración de concurso asignada a la PAC permite justificar ya la legitimación exclusiva del deudor para presentar este tipo de propuesta de convenio: como veremos, la PAC es un incentivo para que el deudor solicite la declaración de concurso en una situación de insolvencia inminente, no actual, en que aún no se haya deteriorado el patrimonio del deudor. Y esta situación sólo el deudor puede conocerla, al no haber todavía hechos externos (art.2.4 LC) que faculten a los acreedores a la solicitud de concurso. Volveremos sobre este punto más adelante.

⁵¹ De nuevo, vid., apartado VI, párrafo tercero, de la Exposición de Motivos de la LC.

cuya apertura sólo puede solicitarse, si no es el deudor quien lo hace, cuando no se alcanza o se frustra la de convenio o bien ante el cese de la actividad empresarial o profesional del deudor, y en los desincentivos impuestos al deudor a la hora de decidirse por la solicitud de la apertura de la fase de liquidación: suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art.145.1 LC), extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa en caso de deudor persona natural (art.145.2 LC) y disolución del deudor persona jurídica (art.145.3 LC). En el régimen de la PAC la finalidad de favorecer la consecución del convenio queda reflejada especialmente en la norma prevista en el art.110 LC, que permite al deudor mantener la PAC no aprobada en la fase común del concurso para someterla a la junta de acreedores. Si el deudor decide mantener la PAC, los acreedores que se hubiesen adherido a la misma se tendrán por presentes en la junta a efectos de quórum y sus adhesiones se contarán como votos a favor, a no ser que asistan a la junta o que revoquen su adhesión⁵².

⁵² No sólo en la LC se encuentran incentivos a la conclusión del convenio. Existen otras leyes en el ordenamiento jurídico español que contienen normas favorecedoras del convenio. Podemos citar como ejemplo los arts.49.1 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por un lado, y 13.2.b y 34.4.3º Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, por otro, recientemente reformados por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo sobre con la finalidad de propiciar la conclusión de convenios concursales y la consiguiente continuidad de la actividad empresarial. Respecto del primero, que recoge las prohibiciones de contratar con el sector público, permite desde la mencionada reforma contratar con el sector público a las personas declaradas en concurso siempre que en éste haya adquirido la eficacia un convenio. En el mismo sentido se modifica la Ley General de Subvenciones. Su art.13, que establece los requisitos para obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en la ley, permite que lo sean las personas o entidades que se hallan declaradas en concurso siempre y cuando en éste haya adquirido la eficacia un convenio. Finalmente, el art.34, sobre procedimiento de aprobación del gasto y pago de la subvención, fija que en ningún caso podrán realizarse pagos anticipados a beneficiarios cuando se hallen declarados en concurso, excepto que en éste haya adquirido eficacia un convenio.

La preferencia del legislador por la solución del convenio, que le lleva a afirmar que el convenio es la solución normal del concurso y a incluir mecanismos para su favorecimiento, merece una justificación, puesto que la función del concurso no es tender hacia una solución u otra sino únicamente hacia la que proporcione una satisfacción mayor a los acreedores en cada situación concreta. Sin embargo, aquella justificación no debe buscarse, como podría intuirse *a priori*, en el resultado que el convenio concursal permite alcanzar, esto es el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional, ya que, como veremos al analizar las finalidades comunes a todo convenio, el convenio no es la única solución que lleva a ese resultado ya que la liquidación también puede suponer la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor. De manera que, al desvincularse la conservación de la empresa de una solución al concurso determinada, no es el carácter conservativo del convenio el elemento que puede explicar la preferencia por esta solución⁵³. El rasgo diferencial entre convenio y liquidación que permite hablar del primero como la solución normal del concurso no es otro que la naturaleza comercial de la solución de convenio en contraposición a la naturaleza no comercial de la liquidación concursal. El convenio supone una solución cooperativa a los problemas de insolvencia del deudor que parte de una propuesta de convenio presentada bien por el deudor bien por los acreedores y que exige la aceptación de estos por la mayoría exigida por la Ley. Por el contrario, la liquidación es una solución no cooperativa que

⁵³ Vid., José María DE LA CUESTA RUTE, “A propósito de la función del convenio...”, *op.cit.*, esp. págs.44-45.

implica la realización de los bienes y derechos del deudor en base a un plan de liquidación elaborado por la administración concursal.

Desde esta perspectiva, la consideración del convenio como la solución normal del concurso puede cobrar un nuevo sentido, cual es el de reflejar la preferencia del legislador por una solución pactada entre las partes, donde los acreedores asumen un rol activo en la decisión de qué hacer con los bienes del deudor y cómo reasignar su deuda. Es fácil entender el valor de una solución acordada entre el deudor y la mayoría de sus acreedores frente de una solución no negociada entre las partes, puesto que son las partes mismas las mejor situadas para proteger sus intereses y determinar, una vez disponen de la información relevante que les proporciona el procedimiento concursal, qué les conviene más. Esta afirmación no hace sino capturar la idea según la cual es mejor dejar las decisiones en manos de quienes sufrirán sus consecuencias que dejarlas en manos de agentes ajenos a ellas, sobre los cuales no recaerán dichas consecuencias, como jueces o administradores concursales⁵⁴. O dicho de otro modo, la mejor manera de garantizar la maximización del valor del patrimonio del deudor es asegurar que quienes deciden sobre el destino del patrimonio del deudor gocen de todos los beneficios e incurran en todos los costes de su decisión⁵⁵. Esta vía para crear los incentivos que lleven al uso óptimo al patrimonio del deudor supone, en definitiva, el reconocimiento en el concurso de la autonomía privada, del poder de regulación de las propias situaciones y

⁵⁴ Vid., Douglas BAIRD, "Bankruptcy's Uncontested Axioms", Yale L.J., núm.108, 1998-1999, págs.573-599.

⁵⁵ En este sentido se pronuncia Thomas JACKSON, *The Logic and Limits...*, *op.cit.*, pág. 184.

relaciones jurídicas, que es el fundamento mismo del negocio jurídico en general y del convenio concursal en particular, y que permite por otro lado que el sistema concursal construido por la LC se adapte a las necesidades específicas de cada deudor y en cada concurso⁵⁶. Se entiende, pues, que el legislador prefiera una solución negociada entre el deudor y sus acreedores a una solución confeccionada por la administración del concurso y consecuentemente favorezca la conclusión de un convenio en tanto que solución negociada al concurso.

En este contexto, es claro que la PAC contribuye a favorecer la solución negociada al concurso. Como hemos visto al analizar su naturaleza jurídica, la PAC goza de un carácter contractual más marcado que la propuesta ordinaria al suponer en todo caso el acuerdo entre el deudor y la mayoría de sus acreedores, y no únicamente entre los mismos acreedores como podría suceder en la propuesta ordinaria de convenio. También el régimen sobre su contenido denota ese carácter contractual más marcado y que contribuye a favorecer la consecución de un convenio, al ampliar el art.104 LC la facultad concedida al juez del concurso para autorizar la excepción de los límites a las quitas y esperas impuestos por el art.100 LC. Esta norma concede un margen más amplio a la

⁵⁶ Este reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes no sólo inspira la regulación de las soluciones al concurso sino el concurso en general. Así, en las causas de conclusión del concurso también queda patente el reconocimiento que la LC hace de la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que el art.176 LC admite como causa de conclusión del concurso el desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (art.176.1.5º), así como el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. Por el contrario, el art.5 LC y el deber de solicitar la declaración de concurso que impone se opone a aquel reconocimiento, tal como veremos más adelante.

autonomía de la voluntad a la hora de acordar el contenido de la propuesta de convenio al permitir la excepción de los límites a las quitas y esperas no sólo en los casos de empresas de especial trascendencia para la economía, como prevé el art.100 LC para la propuesta ordinaria, sino también en aquellos en que las empresas no sean de especial trascendencia, lo cual constituye un aliciente añadido para que el deudor presente una PAC⁵⁷.

En este análisis sobre las finalidades específicas de la PAC se ha hecho evidente el vínculo que existe entre ellas. En este sentido, el favorecimiento del convenio que persigue la PAC puede contribuir a reducir algunos de los costes del concurso, en especial los provocados por las conductas estratégicas del deudor o de sus administradores previas a la declaración de concurso: en la medida en que en el concurso se promueve la solución pactada y se proporciona un amplio margen a la autonomía de la voluntad permitiendo al deudor negociar y pactar con sus acreedores, existirán más posibilidades de llegar a un acuerdo beneficioso no sólo para los acreedores sino también para el deudor. Por lo tanto, los costes indirectos provocados por decisiones de inversión subóptimas serán menores puesto que las inversiones económicamente eficientes no sólo pueden mejorar la situación de los acreedores sino también la del deudor. Así que si el deudor a pesar de sufrir problemas financieros tiene una actividad empresarial viable y contempla la posibilidad de participar en los beneficios que

⁵⁷ En este sentido, vid. Ignacio RIPOL CARULLA, “Admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y adhesiones de acreedores subordinados”, RCP, núm.13, 2010, págs.363-367, quien afirma que la posibilidad que con la PAC se ofrece al deudor de superar los límites a la quita y a la espera con mayor facilidad constituye uno de los rasgos más atractivos que presenta la tramitación anticipada del convenio con sus acreedores.

una solución conservativa negociada reporte, le interesará proseguir con su actividad y solicitar la declaración de concurso para llegar a un acuerdo con los acreedores en vez de adoptar decisiones económicamente ineficientes⁵⁸. Asimismo, ese interés por proseguir con su actividad y llegar a un acuerdo con los acreedores beneficioso para todos aumenta el incentivo del deudor a usar el concurso en el momento oportuno, consiguiéndose así la anticipación de la declaración de concurso que también persigue la PAC.

2. Finalidades de la PAC comunes al convenio concursal en general. La política legislativa de la LC en relación a las soluciones del concurso

Hasta aquí hemos visto las finalidades que el legislador asigna de manera específica a la PAC. Pero no son las únicas, pues a ellas deben sumarse las que el legislador atribuye en general al convenio concursal, esto es conservar la actividad empresarial del deudor y satisfacer a los acreedores, finalidades que, como seguidamente pasamos a analizar, aparecen fuertemente vinculadas a la función y finalidades del propio procedimiento concursal.

⁵⁸ En este sentido, vid. Alan SCHWARTZ, “A Normative Theory of Business Bankruptcy”, Va. L. Rev., vol.91, núm.5, 2005, págs.1199-1265. El autor va más allá de dejar pactar libremente a las partes el contenido del convenio y defiende el pacto sobre el propio procedimiento concurso, pues, según él, la ampliación del ámbito de contratación induce a la opción óptima.

2.1. La PAC como solución conservativa de la actividad empresarial del deudor

La conservación de la empresa como finalidad del convenio concursal encuentra su fundamento normativo en la disciplina relativa a su contenido prevista principalmente en el art.100 LC. En efecto, el contenido del convenio concursal diseñado en la LC tiene necesariamente carácter conservativo y se dirige al mantenimiento de la empresa en funcionamiento, ya sea a través de una reestructuración de la deuda o a través de una reasignación de las titularidades sobre los bienes que integran el patrimonio del deudor, o bien mediante una enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas de la misma, siempre y cuando el adquirente asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

Esta naturaleza conservativa del convenio proviene no sólo del contenido que puede presentar una propuesta de convenio sino también de la expresa prohibición de los convenios liquidatorios. Así es, el art.100 LC no admite los convenios que consistan en la cesión de bienes y derechos del deudor a los acreedores en pago o para pago de sus créditos ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado. De lo contrario, *el convenio se convertiría en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia*⁵⁹. A pesar de que algún autor rechaza esta naturaleza únicamente conservativa del

⁵⁹ Vid., apartado VI, párrafo sexto, de la Exposición de Motivos de la LC.

convenio concursal⁶⁰, es inequívoco el sentido de la prohibición del art.100 LC y no puede por tanto negarse el carácter conservativo del convenio.

La disciplina relativa al contenido del convenio ha sido utilizada, junto con otras normas de la LC, por parte de algunos autores como base para defender la existencia en la LC de un principio de conservación y continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor inspirador de la reforma concursal⁶¹. Y es que es evidente que del conjunto del articulado de la LC se

⁶⁰ En este sentido, vid. José María DE LA CUESTA RUTE, “El convenio concursal y la conservación de la empresa”, *op.cit.*, págs.4486-4492, y Enrique GARCÍA ARRUFAT, “Un convenio poco común”, ADCo, núm.22, 2011, págs.671-678.

⁶¹ Ya hemos mencionado antes a Manuel OLIVENCIA RUIZ, *La terminología jurídica*, *op.cit.*, págs.147-207; vid. José Manuel OTERO LASTRES, “Reflexiones sobre el principio de unidad”, *op.cit.*, págs.413-426, y Marta ZABALETA, *El principio de conservación de la empresa*, *op.cit.*, págs.33-36. En contra de la existencia de un principio de conservación de la empresa, vid. José María DE LA CUESTA RUTE, “A propósito de la función del convenio...”, *op.cit.*, esp. págs.46-47.

Y es que el contenido conservativo no es exclusivo del convenio. La liquidación puede llevar al mismo resultado. El art.148 LC prevé el contenido del plan de liquidación: (...) siempre que sea factible deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado. Este contenido es muy similar al previsto en el art.100.2., apartado 2º LC, que establece como posible contenido de la propuesta de convenio la enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas. Y añade el art.149.1 LC que en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de unidades productivas, se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa o de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. Esta coincidencia en cuanto al contenido conservativo de las dos soluciones al concurso nos permite hablar de sustituibilidad en los medios de satisfacción de los acreedores y evitar la tendencia a asociar el convenio a la conservación de la empresa y la liquidación a su eliminación. De este modo, debemos descartar la conservación de la actividad empresarial que persigue el convenio como el fundamento de la preferencia por el convenio analizada anteriormente, puesto que de lo contrario nos situaríamos ante una situación paradójica: por un lado, el legislador tendría una actitud de preferencia respecto al convenio porque lleva a una solución conservativa, pero por otro lado, la liquidación puede llevar a los mismos resultados que el convenio. Se refuerza así la idea defendida en el apartado anterior según la cual la preferencia por el convenio se debe a su condición de solución negociada entre las partes y no al resultado que permite alcanzar.

desprende una política legislativa de preferencia por el mantenimiento de la empresa concursada en funcionamiento, ya sea en manos del deudor o en manos de un tercero, como opción prioritaria a la realización individual de los bienes que la integran. Esta constatación nos obliga a hacer referencia al histórico debate doctrinal existente alrededor de las finalidades que debe perseguir la legislación concursal.

Aunque el concurso tiene una función esencial que justifica su existencia, proporcionar la máxima satisfacción a los acreedores del deudor, el legislador podría perseguir otras finalidades más allá de la satisfacción de los acreedores, finalidades que pueden ser muy diversas: preservar los puestos de trabajo, proteger a los consumidores, proteger a la sociedad en general de la liquidación

Por su parte, el art.155.2 LC autoriza a la administración concursal a atender al pago de los créditos con privilegio especial con cargo a la masa y evitar de esta manera la realización de los bienes y derechos afectos con el propósito de mantener a la empresa en funcionamiento.

Fuera de la disciplina relativa a las soluciones del concurso, encontramos otras muestras de aquella preferencia. Así, el art.44 LC prevé medidas para facilitar la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial y que no se vea interrumpida por la declaración de concurso, y el art.84.2.5 LC considera créditos contra la masa aquellos créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso, incluyendo los créditos laborales.

Algunos autores citan como una manifestación adicional del principio de conservación la norma del art.56 que prevé la paralización de ejecuciones de garantías reales sobre los bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial. En este sentido, vid. Juana PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores, op.cit.*, esp.pág.148, y Marta ZABALETA DÍAZ, *El principio de conservación de la empresa, op.cit.*, págs.131-133. No obstante, esta norma debe considerarse como una norma estructural del procedimiento concursal que encuentra su fundamento en el principio de concursalidad.

de una empresa⁶². Existen dos posicionamientos opuestos respecto al papel que debe jugar el Derecho concursal y las políticas en que debe inspirarse⁶³. En este

⁶² A título de ejemplo, podemos citar la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, que contiene en su primera parte una formulación de los objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente, siguiendo los objetivos fijados en los *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems* del Banco Mundial (2001). Estos objetivos son: dar seguridad en el mercado para promover la estabilidad y el crecimiento económicos; obtener el máximo valor posible de los bienes; ponderar adecuadamente las ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización; tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias similares; lograr una solución oportuna, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia; preservar la masa de la insolvencia para que pueda efectuarse una distribución equitativa entre los acreedores; garantizar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que comprenda incentivos para reunir y facilitar información; reconocer los derechos existentes de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos; establecer un marco para la insolvencia transfronteriza.

Otro ejemplo es el informe final de la *National Bankruptcy Review Commission, Bankruptcy: The Next Twenty Years* (1997), enumera las finalidades que podrían perseguir los procedimientos concursales: maximizar el valor de la empresa, preservar el empleo, rehabilitar empresas viables, promover reestructuraciones extrajudiciales, solucionar las cuestiones distributivas, promover la eficiencia, beneficiar a otras partes afectadas por la quiebra de una empresa.

Finalmente, remontándonos aún más en el tiempo, el informe del Comité Cork de 1982 (*Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*), que sirvió como base para la reforma de *Insolvency Act* de 1985 y 1986 y la *Company Directors' Disqualification Act* inglesa del mismo año, analizaba los objetivos que debía perseguir un Derecho concursal moderno en Inglaterra: reforzar el sistema crediticio; diagnosticar y tratar la insolvencia inminente en una etapa temprana; prevenir los conflictos entre los acreedores individuales; realizar los bienes del concursado necesarios para satisfacer los créditos de forma rápida y poco costosa; distribuir el importe obtenido de la liquidación entre los acreedores de forma justa y equitativa, devolviendo cualquier exceso al deudor; asegurar que el proceso de liquidación y distribución es administrado de forma honesta y competente; discernir las causas de la insolvencia y aplicar medidas si la conducta del deudor o administradores no es correcta; reconocer y proteger los intereses no sólo del deudor y sus acreedores, sino de trabajadores, proveedores y otros grupos que se vean afectados por la insolvencia del deudor; preservar las empresas viables capaces de contribuir en la economía nacional. Para un análisis más detallado de las aportaciones del Informe Cork, vid. Vanessa FINCH, "The Measures of Insolvency Law", *Oxford J. Legal Stud.*, núm.17, 1997, págs.227-251.

También existen ejemplos normativos sobre las finalidades del Derecho concursal adicionales a la satisfacción de los acreedores. Así, la *amministrazione straordinaria* italiana, un procedimiento concursal previsto para recuperar el equilibrio económico y financiero de las grandes empresas y conservar su patrimonio mediante la cesión de la empresa o un plan de reestructuración de la misma, o el *redressement judiciaire* francés, procedimiento destinado a la reestructuración de la empresa, el

debate no sólo doctrinal sino también normativo, están, por un lado, aquellos que defienden la pluralidad de finalidades del Derecho concursal, entre ellas la conservación de las empresas como objetivo independiente de la satisfacción de los acreedores, que pretende evitar los efectos devastadores que la liquidación de una empresa, especialmente de una empresa de grandes dimensiones, puede acarrear para los trabajadores, proveedores y la economía en general, utilizando el concurso como una institución que sirve a la distribución de las pérdidas ocasionadas por la insolvencia del deudor⁶⁴. Por el otro, aquellos para quienes no está justificada la utilización del Derecho concursal para dar respuesta a otras finalidades distintas a la propia del concurso, la satisfacción de los acreedores, por lo cual el concurso no ha de tender ni hacia la liquidación ni hacia la reorganización, puesto que debe ser el mercado el que determine si las empresas deben mantenerse en funcionamiento o liquidarse, sino que ha de asegurar que de los bienes del concursado se hace el mejor uso posible, lo cual

mantenimiento de la actividad empresarial y de los puestos de trabajo, así como el arreglo del pasivo. Por otro lado, un ejemplo de un procedimiento concursal que se persigue únicamente la satisfacción de los acreedores lo constituye el previsto en la *Insolvenz Ordnung* alemana, que en su artículo 1 prevé que dicha finalidad podrá obtenerse ya sea mediante la realización de los bienes del patrimonio del deudor o bien mediante un plan que prevea la conservación de la empresa.

⁶³ Una exposición sobre estas dos corrientes doctrinales y los diversos axiomas en los que se sustenta cada una de ellas, vid. Douglas BAIRD, “Bankruptcy’s Uncontested Axioms”, *op.cit.*, págs.573-599. En nuestra doctrina, para un análisis de las finalidades del Derecho concursal, vid. Joaquim BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, *passim*.

⁶⁴ Entre los trabajos más destacados que recogen la discusión mencionada y se decantan por la pluralidad de finalidades del Derecho concursal, podemos señalar los de Karen GROSS, “Taking community interests into account in bankruptcy: an essay”, Wash. U. L. Q., núm.72, 1994, págs.1031-1048; Elizabeth WARREN, “Bankruptcy Policy”, U. Chi. L. Rev., núm.54, 1987, págs.775-814. En nuestra doctrina, vid. por todos José Antonio RAMÍREZ, *La quiebra*, *op.cit.*, *passim*.

llevará a mantener a las empresas viables económicamente aunque con crisis financiera y a liquidar las empresas inviables económicamente⁶⁵.

Los diversos intentos de reforma del Derecho concursal español de los últimos años no han sido ajenos al debate expuesto. Así, podemos apreciar un cambio manifiesto en las políticas que inspiraron el Anteproyecto de la Ley de concurso de acreedores de 1959, cuyo art.1 fijaba como objeto del procedimiento concursal el dar satisfacción a los acreedores en los casos de insolvencia del deudor común⁶⁶, y las que informaban el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en cuya Exposición de Motivos se afirmaba que la finalidad básica del concurso ya no era la liquidación sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común. Esta dirección sanatoria del concurso se abandona en la Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal de 1996. En esta se establecía que sin perder de vista la satisfacción de los acreedores como finalidad primordial del concurso, se ofrece la posibilidad de llegar a convenios de continuación.

Finalmente, la LC parece mantenerse en el espíritu de la Propuesta de Anteproyecto, pues, según se admite en la Exposición de Motivos, la satisfacción

⁶⁵ Este posicionamiento es defendido especialmente por la doctrina del Law and Economics. En especial, vid. Douglas BAIRD, “Bankruptcy’s Uncontested Axioms”, *op.cit.*; Thomas JACKSON, *The Logic and Limits...*, *op.cit.*; Alan SCHWARTZ, “A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy”, Yale L. J., 1998, págs.1807-1851. En nuestra doctrina, vid. por todos Joaquim BISBAL MÉNDEZ, “La insoportable levedad...”, *op.cit.*

⁶⁶ Vid., Carlos FERNÁNDEZ-NOVOA, “El Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, *op.cit.*, t.I, págs.173-178.

de los acreedores es la finalidad esencial del concurso (apartado II, párrafo 4), que puede alcanzarse mediante las diferentes soluciones previstas, si bien también explicita su preferencia por las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa⁶⁷, y la posibilidad de que el convenio sea el instrumento para salvar empresas viables en beneficio no sólo de acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses (apartado VI, párrafo 7). Exponente normativo de esta preferencia por la conservación de la actividad empresarial del deudor es el art.100.1.2 LC, que permite al juez autorizar la superación de los límites de contenido del convenio concursal cuando se trate de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía. Es claro que en este precepto se están tutelando otros intereses diferentes a la satisfacción de los acreedores, como los puestos de trabajo y la economía en general⁶⁸. Así, pues, a pesar de la pretendida neutralidad de la LC, se mantiene un sesgo conservativo.

Constatada la preferencia de la LC por las soluciones que entrañan la conservación de la empresa, debe alertarse, como ya hace la corriente doctrinal contraria a la pluralidad de finalidades del concurso, del riesgo que puede conllevar dicha preferencia y el hecho de no ofrecer las soluciones del concurso

⁶⁷ Vid., apartado VII, párrafo 5, de la Exposición de Motivos de la LC.

⁶⁸ Así lo expresa el AJM núm. 2 de Bilbao de 30 de diciembre de 2009, que resuelve sobre la solicitud presentada para que se autorice la superación de los límites del convenio previstos en el art.100.1 LC, autorización finalmente concedida para facilitar *en la medida de la posible y respetando la legalidad la vía de convenio como forma de salvaguardar el tejido empresarial y el empleo (como una de las finalidades principales de todo el sistema concursal), tratando de evitar la otra opción legal, la liquidación, lo que no sólo perjudicaría a las partes afectadas por el concurso sino que afectaría de manera considerable a la estructura empresarial y laboral global.*

en pie de igualdad, que no es otro que el de colocar al deudor en una situación en que tenga la posibilidad de forzar la consecución de una de las soluciones del concurso y apropiarse de una parte del valor de los créditos concursales en detrimento del interés de los acreedores de maximizar el valor del patrimonio concursal a través de la liquidación⁶⁹. Por ello hemos de comprobar si este riesgo se concreta en la normativa de la LC y si el deudor, que es quien goza de la iniciativa en la presentación de la PAC y en la solicitud de la apertura de la liquidación, puede lograr imponer a los acreedores una solución que no sea la que maximice el valor de su patrimonio.

A grandes rasgos, la articulación de la apertura de las fases de convenio y de liquidación reconoce inicialmente al deudor una amplia facultad para optar tanto por el convenio como por la liquidación⁷⁰. Esta amplia facultad se ha acentuado con la nueva regulación del régimen de apertura de la liquidación introducida por la Ley 38/2011, que permite al deudor solicitar la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento (art.142.1 LC). Así, el deudor, además de solicitar la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento del concurso, posee la facultad de presentar una PAC desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos,

⁶⁹ Vid., Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002, en especial págs. 495 y ss.

⁷⁰ Si bien en determinadas ocasiones recae sobre el deudor el deber de solicitar la liquidación. Esto sucede cuando se conoce la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación judicial de un convenio (art.142.2 LC). Si el deudor no solicita la liquidación, los acreedores pueden solicitarla en tanto acrediten la existencia de algunos de los hechos que permiten la solicitud de concurso (art.142.2 LC). También la administración concursal puede solicitar, en caso de cese de la actividad empresarial o profesional del deudor, la apertura de la fase de liquidación (art.142.3 LC). Finalmente, el juez puede abrir de oficio la liquidación en los supuestos previstos en el art.143 LC.

hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art.104 LC). Y también la de presentar una propuesta ordinaria de convenio transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos (art.113 LC). Dada la amplia facultad que la LC concede al deudor de optar por una u otra solución al concurso, el deudor podría decidirse por una solución que no fuese la que maximizara el valor de su patrimonio y por tanto tampoco la satisfacción de sus acreedores. En concreto, podría decidirse por presentar una propuesta de convenio con un contenido que, a pesar de tener un carácter conservativo, no fuese el que maximizara el valor de su patrimonio, bien porque esa maximización se consiguiese mediante una solución conservativa diferente a la propuesta por el deudor, bien porque se consiguiese mediante la liquidación del patrimonio. Este riesgo se podría ver acentuado, en caso de que el deudor presentara una propuesta de convenio, si la preferencia por la conservación influyese en la decisión del juez, por ejemplo, a la hora de autorizar la superación de los límites fijados para las quitas y esperas en caso de concurso de empresas cuya actividad tenga especial trascendencia para la economía.

Con todo, los acreedores tienen la opción de expresar su rechazo mediante la no adhesión a la propuesta o el voto en contra a la misma, opción que no es sólo aparente, es decir no es una opción que sirve como simple amenaza y que los acreedores no cumplirán porque saben que la alternativa es directamente la

liquidación donde tienen menos posibilidades de ver sus créditos satisfechos, sino real, puesto que la no aprobación del convenio presentado por el deudor no supone la apertura de una fase de liquidación que lleve necesariamente a la desmembración del patrimonio del deudor sino que como ya hemos repetido en numerosas ocasiones el plan de liquidación puede contemplar también la continuación de la empresa. Y en tanto que la LC no impone ninguna de las soluciones del concurso, como sí ocurría en anteriores textos legislativos⁷¹, permite en definitiva a las partes seleccionar aquella solución que maximice el valor del patrimonio concursal, bajo el control judicial que debe asegurar que la solución adoptada es la que maximiza la satisfacción de los acreedores, supeditando en cualquier caso la conservación de la empresa a dicha finalidad. De esta manera, se evita el riesgo anunciado de imposición por parte del deudor de una solución que no maximice la satisfacción de los acreedores.

En esta política legislativa de preferencia por la conservación que no pone en peligro la función del concurso, la PAC se erige como un mecanismo más para conseguir la conservación de la actividad empresarial del deudor mediante las finalidades específicas que tienes asignadas: promoción de la autonomía de la voluntad de las partes, anticipación de la declaración de concurso y reducción de costes. Así, la anticipación de la declaración de concurso puede suponer un

⁷¹ Sí era la posición que adoptaba el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, cuya Exposición de Motivos era rotunda en este sentido: *la finalidad básica del concurso ya no es la liquidación, sino la conservación del conjunto patrimonial del deudor común...*, finalidad conservativa que se plasmaba en el instituto de la gestión controlada. Sobre la naturaleza y presupuestos de la gestión controlada y para un análisis del plan de reorganización que implicaba aquella institución, vid. Juana PULGAR EZQUERRA, *La reforma del Derecho Concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 1994, págs.299-319.

grado de deterioro del patrimonio del deudor menor, lo que a su vez aumenta la probabilidad de asegurar la viabilidad de su actividad empresarial. Asimismo, la PAC, al reducir los costes directos e indirectos del concurso, permite una gestión más eficiente de la actividad empresarial, revirtiendo nuevamente en el favorecimiento de la conservación de dicha actividad.

2.2. La PAC como medio de satisfacción de los acreedores

Podemos afirmar que la PAC tiene una última función, que es la de proporcionar la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores del deudor común. En la medida en que esta es precisamente la función última del procedimiento concursal, debemos afirmar que esta finalidad es la fundamental del convenio y que por tanto el resto de finalidades se han de entender como accesorias o instrumentales de esta finalidad principal.

La reducción de costes, la anticipación del concurso, la promoción de la solución de convenio y la conservación de la actividad empresarial no son finalidades que el legislador persiga en sí mismas sino porque sirven a la satisfacción de los acreedores. Así, el legislador pretende que el procedimiento concursal sea rápido y poco costoso porque de esa manera los costes a cargo de la masa activa del concurso son menores y por consiguiente mayores los bienes a disposición de los acreedores para satisfacer sus créditos. Respecto de la anticipación de la declaración de concurso, se busca evitar el deterioro del valor del patrimonio del deudor, que este tenga el máximo valor para proporcionar una mayor cuota de satisfacción a los acreedores. En cuanto al favorecimiento de la solución

convenida del concurso, como hemos advertido, se justifica en la promoción de la autonomía de las partes, pues ellos mejor que nadie saben qué les interesa y qué satisface sus intereses. Finalmente la conservación de la actividad empresarial no es un fin en sí mismo sino que se persigue en la medida en que sea esa la solución que maximice el valor del patrimonio del deudor y de esa manera maximizar también la satisfacción de los acreedores.

Así, pues, las soluciones del concurso son las vías que el legislador pone al alcance de las partes para cumplir con la función del concurso⁷². Convenio y liquidación no son sino medios de satisfacción de los acreedores y aunque tradicionalmente la distinción entre ambos medios de satisfacción de los acreedores se ha explicado en base a la alternativa conservación/eliminación de la empresa, la disciplina sobre su contenido prevista en la LC obliga, como ya hemos expuesto anteriormente, a situar aquella explicación no exclusivamente en los resultados que aquellas soluciones pueden lograr sino en el propio fundamento del concurso, esto es evitar los efectos nocivos derivados de los problemas de coordinación entre los acreedores ante la situación de insolvencia

⁷² La LC admite otros medios alternativos de satisfacción de los acreedores. Así lo demuestra el art.176.1.4º LC, que prevé como causa de conclusión del concurso el pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia, o el art.43 LC, que prevé la posibilidad de enajenar la empresa o alguna de sus unidades productivas durante la fase común, antes de la aprobación judicial del convenio o de la apertura de la fase de liquidación. Para un análisis de la viabilidad de esta última alternativa, vid. José Oriol LLEBOT MAJÓ, “Enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación”, RCP, núm.7, 2007, págs.39-51.

del deudor⁷³ y en su función, esto es satisfacer a los acreedores en la mayor medida posible.

Así, la opción por una u otra solución, que es una decisión que corresponde principalmente a los acreedores, desde el punto de vista racional es una decisión que vendrá condicionada por el uso que maximice el valor del patrimonio del deudor y en consecuencia maximice también la satisfacción propia de los acreedores: o bien el mantenimiento de la empresa en funcionamiento, ya sea en manos del propio deudor o bien transmitiéndola a nuevos titulares, o bien la realización de los bienes que integran el patrimonio del deudor.

Mientras que el mantenimiento de la empresa en funcionamiento en manos del deudor sólo puede producirse en la fase de convenio y la realización de los bienes que componen el patrimonio del deudor, sólo en la fase de liquidación, la transmisión de la empresa del concursado en funcionamiento a un tercero puede tener lugar tanto en la fase de convenio como en la fase de liquidación. Esta posibilidad de obtener por una doble vía un mismo resultado evidencia que convenio y liquidación se distinguen por algo más que el resultado al que llegan. La opción por una u otra solución, pues, no depende tanto de si se quiere conservar o eliminar la empresa del deudor, sino de cómo se alcanzan estos

⁷³ Vid., José María GARRIDO, “La reforma del Derecho concursal español”, RDBB, núm.64, 1996, págs.889-941.

resultados, es decir de si existe o no acuerdo entre el deudor y sus acreedores en la reestructuración de la deuda del concursado⁷⁴.

Por ello, la solución de convenio es un medio de satisfacción de los acreedores que queda reservado a aquellas situaciones en que una determinada propuesta de convenio, ya sea presentada por el deudor o por los propios acreedores, cuente con el apoyo de la mayoría de estos para dar salida a la situación de insolvencia mediante el mantenimiento en funcionamiento de su actividad empresarial. Y cuando la conservación del patrimonio del deudor sea la solución deseada por el deudor y sus acreedores, la PAC puede convertirse en el instrumento idóneo para alcanzar dicho resultado de forma más eficiente, puesto que favorece la autonomía privada, anticipa la declaración de concurso y reduce los costes del concurso, evitando el deterioro del patrimonio del deudor y preservando el valor adicional que la conservación de la empresa en funcionamiento pueda tener respecto al valor de liquidación del patrimonio, lo cual a su vez incrementa el activo a repartir y por ende la cuota de satisfacción de cada acreedor.

IV. Caracterización de la PAC

La asignación a la PAC del conjunto de finalidades que acabamos de analizar la convierte en una solución idónea sólo cuando el concurso reúne unas

⁷⁴ A su vez la existencia de acuerdo entorno al destino último de los bienes del deudor viene condicionada por una diversidad de factores, como son el grado de complejidad en las negociaciones y el nivel de incertidumbre sobre la valoración de los bienes y deudas del deudor. Sobre los problemas de valoración en el procedimiento concursal ante la ausencia de los mecanismos del mercado, vid. Mark ROE, "Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization", Colum. L. Rev, núm.83, 1983, págs.527-602.

determinadas condiciones subjetivas y materiales. Así, siendo una de las finalidades de la PAC la conservación de la actividad empresarial del deudor, es claro que el cumplimiento de dicha finalidad se verá impedido si el deudor se encuentra ante una crisis económica que exige la liquidación de sus bienes como solución óptima al concurso. En este apartado, pues, nos ocuparemos de delimitar el contexto en el que la PAC puede cumplir de forma plena sus finalidades, donde el grado de insolvencia del deudor y la estructura de su deuda juegan un papel fundamental a la hora de condicionar el éxito de la PAC.

Para llevar a cabo esta tarea iniciaremos el apartado con una exposición de las soluciones conservativas existentes en el Derecho comparado que compartan finalidades con la PAC, exposición que nos ayudará a poner de relieve los elementos determinantes para que aquellas soluciones puedan cumplir las finalidades asignadas. Esta exposición nos llevará asimismo a realizar un estudio más detenido de los *prepackaged bankruptcy plans* del Derecho concursal norteamericano, al constituir la figura que mayores similitudes presenta con aquella.

1. La PAC en el marco de las soluciones conservativas del Derecho concursal comparado

La preocupación por los problemas a los que trata de dar respuesta la PAC y que se han puesto de relieve al analizar sus finalidades especiales, es decir un procedimiento concursal demasiado costoso, con un inicio tardío y con soluciones forzadas por el deterioro del patrimonio del deudor, es común a

todos los sistemas concursales, aunque las soluciones adoptadas para atajarlos son diversas. Con todo, en el contexto del movimiento de reformas del Derecho concursal acaecido en distintos países e iniciado hace ya algunos años⁷⁵, dentro del cual se incardina la reforma concursal española, la consecución de un concurso menos costoso, de una declaración anticipada del mismo y con una fuerte implicación de los acreedores, ha sido perseguida desde un enfoque, compartido entre las diferentes legislaciones, de promoción, más o menos acentuada, de la privatización o extrajudicialidad de determinadas actuaciones que tradicionalmente han tenido lugar en el marco del procedimiento concursal. Esta tendencia encuentra su máximo exponente en aquellas legislaciones concursales que, como la LC con la PAC, desjudicializan, total o parcialmente, las fases de negociación entre el deudor y sus acreedores sobre el contenido del convenio que ha de solucionar la situación de insolvencia del primero, de emisión de la propuesta y de su aceptación por parte de los acreedores.

⁷⁵ Son numerosos los países que han abordado en los últimos años la reforma de sus respectivas legislaciones concursales. En el entorno europeo, la reforma del Derecho concursal español acontecida con la LC de 2003 es una de muchas otras que han seguido el camino que inició Alemania aprobando la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994. Así, países como Italia (el Decreto legislativo núm.35, de 14 de marzo de 2005, el Decreto legislativo núm.5, de 9 de enero de 2006 y el Decreto legislativo núm.169, de 12 de septiembre de 2007), Francia (la Ley de 26 de julio de 2005 y el Decreto de 28 de diciembre de 2005), Portugal (el Decreto-ley 53/2004, de 18 de marzo), Reino Unido (la *Insolvency Act* de 2000 y la *Enterprise Act* en 2002), Turquía (la Ley 5092 de febrero de 2004, de reforma de la Ley concursal), Polonia (la Ley de insolvencia y reestructuración de 28 de febrero de 2003) o Bélgica (la Ley de 31 de enero de 2009, relativa a la continuidad de las empresas) han reformado en los últimos años su Derecho concursal. Pero no sólo en Europa ha habido movimientos de reforma. También en Estados Unidos (la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* de 2005), Argentina (Ley 25.589 de 16 de mayo de 2002 y Ley 26.086, de 22 de marzo de 2006), Brasil (la Ley 11.101, de 9 de febrero de 2005), Chile (la Ley 20.080, de 24 de noviembre de 2005, y la Ley 20.073, de 29 de noviembre, de 2005) y Japón (la Ley de reforma de la reorganización societaria de 2002), entre otros, el Derecho concursal experimenta profundos cambios. Este movimiento de reformas del Derecho concursal tiene, como vemos, un alcance claramente internacional.

Es por ello que no es en absoluto inoportuno detenerse a analizar cuál es este abanico de instrumentos existentes en el Derecho comparado creados para solucionar los problemas, ya mencionados, que sufren los procedimientos concursales, centrándonos en aquellas figuras que al igual que la PAC tienen un carácter conservativo del patrimonio del deudor. A efectos expositivos, agruparemos el conjunto de instrumentos existentes en tres categorías en función del respectivo grado de privatización y extrajudicialidad de las soluciones⁷⁶.

1.1. Soluciones que incorporan elementos de anticipación de la apertura del concurso y de refuerzo de la posición de los acreedores

Las soluciones recogidas en esta categoría presentan en general una clara intervención judicial a lo largo de todo el procedimiento, sin embargo tienen en común la inclusión de medidas para fortalecer la autonomía privada de los acreedores. La articulación de estas medidas se justifica, en estas soluciones, en la previsión de un presupuesto objetivo de apertura del concurso que cubre aquellas situaciones no ya de insolvencia actual sino de riesgo de insolvencia. Se pretende conseguir así la anticipación del momento de apertura del procedimiento concursal y por consiguiente que el deterioro del valor del

⁷⁶ No trataremos de hacer, en este apartado, una descripción exhaustiva y detallada de cada uno de los institutos conservativos que el Derecho concursal comparado comprende ni de todos y cada uno de ellos, pues esta tarea desbordaría el objeto del presente trabajo. A esta tarea se han dedicado ya algunos trabajos. Por citar un ejemplo reciente, vid. Rodrigo OLIVARES-CAMINAL (ed.), *Expedited debt restructuring. An international Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007. El propósito de nuestra incursión en el Derecho comparado es mucho más modesto y no es otro que el de exponer modelos que puedan aportar nuevos elementos de análisis a nuestro Derecho.

patrimonio del deudor sea menor, circunstancia que permite respaldar con garantías un mayor grado de autonomía de los acreedores, que se manifiesta en general en una amplia libertad para pactar el contenido del plan de conservación o bien en la existencia de órganos de representación de la voluntad de los acreedores añadidos a los tradicionales, y, como consecuencia de esta mayor autonomía de las partes, una menor necesidad de intervención judicial durante el procedimiento.

En la categoría de las soluciones referidas en este apartado destaca primeramente el *Insolvenzplan* alemán, previsto en la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994, en vigor desde 1999⁷⁷, y que inició el movimiento de reformas en las legislaciones concursales de distintos países europeos. La nueva normativa concursal alemana instaura un único procedimiento con dos soluciones posibles, la liquidación del patrimonio del deudor y la elaboración de un plan de insolvencia tendente a la conservación de la empresa. El plan de insolvencia puede ser propuesto por la administración o presentado por el deudor junto a la petición de apertura del procedimiento concursal, quien tiene la facultad de solicitar la declaración de concurso en situación de mera insolvencia inminente, en cuyo caso el procedimiento funciona de modo

⁷⁷ La traducción al castellano del texto de la *Insolvenzordnung* podemos encontrarla en Vicente GOZALO LÓPEZ, “Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia (*Insolvenzordnung* (InsO) de 5 de octubre de 1994”, RDM, núm.216, 1995, págs.561-678. La *Insolvenzordnung* ha sufrido ya alguna modificación, siendo la de mayor calado la llevada a cabo por la *Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze* de 26 de octubre 2001, que afecta al concurso del deudor persona física, y la última la operada por la *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, de 23 de octubre de 2008.

preventivo⁷⁸. Iniciado el procedimiento, el deudor mantiene las facultades de administración de su patrimonio bajo la vigilancia de un síndico si así lo establece el tribunal que conoce del concurso (art.270)⁷⁹. Regido por un principio de libertad de contenido, el plan, a pesar de estar dirigido especialmente a la conservación de la empresa (art.1), puede prever no sólo dicha conservación, ya sea por el propio deudor o a través de la enajenación a un tercero, sino también su liquidación⁸⁰. La ley incluso permite a las partes determinar la satisfacción de los acreedores, la realización de la masa de la insolvencia, su distribución entre los interesados y la responsabilidad del deudor tras la clausura del procedimiento de insolvencia de forma divergente a la regulación contenida en la ley (art.217), facultad que refuerza claramente la autonomía de las partes y que por lo tanto puede ser considerado como una medida de privatización del procedimiento concursal⁸¹. También permite la *Insolvenzordnung* que se pacte en el plan la preferencia en el cobro de aquellos acreedores cuyos créditos sirvan para financiar el plan (art.264). El tribunal denegará de oficio la admisión a trámite del plan cuando éste no cumpla los

⁷⁸ Además de la insolvencia inminente como presupuesto objetivo del procedimiento de insolvencia, la Ordenanza concursal alemana incluye otras medidas tendentes a anticipar la eventual reestructuración de las empresas viables, entre las que destaca la posibilidad por parte del tribunal de nombrar, antes de decidirse a declarar la apertura del procedimiento de insolvencia, un administrador provisional que administre el patrimonio del deudor y analice las perspectivas de continuación de la empresa (art.22).

⁷⁹ Sobre el poco uso en la práctica de esta facultad a pesar de sus ventajas, vid. Karsten SCHMIDT, “La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán (Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”, ADConcursal, núm.10, 2007, págs.303-314.

⁸⁰ Vid., Wilhelm UHLENBRUCK (dir.), *Insolvenzordnung*, Verlag Franz Vahlen, Múnic, 2003, págs.2552-2553.

⁸¹ En este sentido, vid. Horst EIDENMÜLLER, “Insolvenzplan”, en AAVV, *Münchener Kommentar. Insolvenzordnung*, t.II, Beck, Múnic, 2002, pág.1394.

requisitos formales y materiales exigidos, cuando no tenga ninguna posibilidad de aceptación por parte de los acreedores, de aprobación por parte del juez o cuando sea evidente que su contenido no será cumplido (art.231). Si el tribunal no rechaza el plan, lo deberá enviar a la comisión de acreedores si ha sido constituida, al comité de empresa, a los representantes de los altos cargos y al administrador (art.232). Tras la entrega de los correspondientes informes, se abre la fase de discusión y votación del plan. Cada grupo de acreedores con derecho a voto emite su voto por separado y para la aceptación del plan se exige el voto favorable de la mayoría de los acreedores cuyos créditos superen la mitad del total del pasivo con derecho a voto (art.244). No obstante, aunque no se reúna la mayoría legal exigida, se da por otorgada la aceptación de un grupo de acreedores cuando se reúnan determinadas condiciones en aplicación de la regla conocida como *Obstruktionsverbot* o prohibición de obstrucción⁸²: que los acreedores de ese grupo no sean colocados por el plan de insolvencia en peor situación que la que a ellos les correspondería sin el mismo; que sean satisfechos con una cuantía económica razonable y que la mayoría de los grupos con derecho a voto hayan votado a favor del plan con las mayorías necesarias (art.245). De reunirse estas tres condiciones, se entiende que no existe ningún motivo razonable para que los acreedores se opongan al plan⁸³. Sin embargo, la aprobación del plan podría denegarse si algún acreedor acredita que con el plan

⁸² El origen de esta prohibición de obstrucción, así como de la regla equivalente de la disciplina del concordato preventivo italiano que a continuación se analiza, cabe situarlo en la regla del *cram-down* prevista en la *section 1129* del *Bankruptcy Code* estadounidense. Sobre este último, vid. *infra*, pág.112.

⁸³ Vid., Wilhelm UHLENBRUCK (dir.), *Insolvenzordnung, op.cit.*, pág.2636.

su situación será peor que la que tendría sin el mismo (art.251)⁸⁴. Aprobado el plan después de que el juez haya oído al administrador de la insolvencia, al deudor y a la comisión de acreedores si es el caso, aquél surte efectos para todos los acreedores, incluidos los que se hayan opuesto al mismo (art.254).

El segundo supuesto es el del concordato preventivo italiano, que se ha visto afectado por la reforma del Derecho concursal italiano llevada a cabo por el Decreto legislativo núm.35, de 14 de marzo de 2005, de disposiciones urgentes en el ámbito del plan de acción para el desarrollo económico, social y territorial (convertido posteriormente en la Ley núm.80, de 14 de mayo de 2005) y por el Decreto Legislativo núm.5, de 9 de enero de 2006, de reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales. A grandes rasgos, dicha reforma modifica la regulación de la acción revocatoria y del convenio preventivo, incorpora una nueva figura como son los acuerdos de reestructuración de las deudas y elimina la *amministrazione controllata*, de manera que el Derecho concursal italiano pasa a disponer de una variedad de procedimientos para dar solución a la situación de insolvencia del deudor, esto es el concordato preventivo, los acuerdos de reestructuración, la quiebra y la liquidación forzosa administrativa, además de la *amministrazione straordinaria delle grandi imprese*. Nos interesa detenernos en la figura del concordato preventivo, dotada con la reforma de mayor flexibilidad y menor intervención judicial⁸⁵. En la nueva regulación, el deudor podrá presentar un convenio preventivo cuando se

⁸⁴ Vid., Ralf SINZ, “Minderheitenschutz”, en AAVV, *Münchener Kommentar*, *op.cit.*, págs.1786-1803.

⁸⁵ Vid., Maria Rosaria GROSSI, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, págs.2093-2094.

encuentre en estado de crisis, presupuesto objetivo que sustituye al de estado de insolvencia anterior a la reforma, sin que deba cumplir ya los clásicos requisitos de merecimiento o *meritevolezza* (art.160). Presentada la propuesta de convenio por parte del deudor, junto con el resto de la documentación exigida entre la que se encuentra el informe de un experto que certifique la veracidad de los datos aportados por el deudor y la viabilidad del plan propuesto (art.161), el tribunal declara la apertura del procedimiento verificada la regularidad de la documentación aportada, convoca a los acreedores y nombra al juez delegado y al comisario judicial, quien deberá depositar en la secretaría del juzgado un inventario del patrimonio del deudor, un informe sobre las causas de la crisis, sobre la conducta del deudor, la propuesta de convenio, regida por un principio de libertad de contenido, y las garantías ofrecidas a los acreedores. Durante el procedimiento se suspenderán todas las ejecuciones individuales sobre el patrimonio del deudor (art.168) y éste conservará la administración de sus bienes y la dirección de su empresa, supervisado por el comisario judicial y bajo la dirección del juez delegado (art.167). En la junta de acreedores se discute y vota la propuesta del deudor, exigiéndose el voto favorable de los acreedores que representen la mayoría simple de los créditos con derecho a voto, mayoría que respecto a la norma anterior a la reforma ha sido rebajada en un claro intento de favorecer la aprobación del acuerdo⁸⁶. Si el deudor agrupa a los acreedores por clases, la propuesta necesitará la mayoría en cada una de las clases de acreedores para ser aprobada. La propuesta no sólo puede votarse en sede de junta de acreedores, sino también mediante adhesiones por escrito que

⁸⁶ Vid., Stefano AMBROSINI y Paolo Giovanni DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milán, 2005, pág.115.

pueden enviarse durante los 20 días siguientes al cierre del acta de la junta (art.178). Una vez aceptada, la propuesta debe someterse a la homologación del tribunal, que se limita a un control de legalidad del convenio, eliminándose del juicio de la homologación la valoración de la conveniencia económica del convenio para los acreedores (art.180)⁸⁷. De manera que las atribuciones del órgano jurisdiccional se han visto reducidas en comparación con el régimen anterior a la reforma⁸⁸. No obstante, en el caso de que se haya dividido a los acreedores en clases, se prevé la figura del *cram-down*, de manera que el tribunal podrá homologar la propuesta de convenio a pesar de existir una o más clases de acreedores en oposición al acuerdo si ha sido votada favorablemente en la mayoría de los grupos y el porcentaje de satisfacción de los acreedores

⁸⁷ Mucho ha debatido la doctrina sobre el alcance de la función del juez de aprobar el concordato una vez efectuada la votación. La lectura estricta de la ley implica la vinculación del juez al resultado de la votación, sin que aquél pueda entrar a valorar ningún otro aspecto. A pesar de ello, algún autor entiende que tal interpretación estricta sería contraria a la tutela de los acreedores si por ejemplo después de la votación aparecieran nuevas circunstancias que hicieran inviable la propuesta de acuerdo del deudor. Estrictamente, el tribunal queda vinculado por la votación de los acreedores y no podría negarse a la aprobación del acuerdo. Por otro lado, permitir al tribunal valorar otros aspectos que no sean el de la concurrencia de la mayoría legalmente exigida colidiría con el papel menos protagonista asignado al tribunal y la primacía de la voluntad de los acreedores en los que se fundamenta la reforma concursal italiana. Hace esta reflexión Maria Rosaria GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, *op.cit.*, págs.2093-2094. Otros autores son de la opinión que sólo en caso de existir las condiciones para el *cram-down* puede el tribunal realizar una valoración de la oportunidad del concordato. En esta línea, vid. Massimo FERRO, “I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva”, *Fallimento*, núm.5, 2005, pág.593. Otros piensan que la única condición para que el tribunal proceda a una valoración de la oportunidad del acuerdo es la formulación de oposición a la aprobación por parte de algún acreedor. En este sentido, vid. Stefano AMBROSINI y Paolo Giovanni DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo...*, *op.cit.*, págs.155-158.

⁸⁸ Con todo, en la doctrina persisten las dudas sobre el poder de control que puede desarrollar el juez, tanto en el momento de la admisión al procedimiento como en el de la clausura del mismo, y algunos autores consideran que sigue existiendo un margen de discrecionalidad cuyos confines son de difícil valoración y comprensión a nivel doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, vid. Enrico GRANATA, “Las soluciones negociadas de las crisis empresariales. Experiencias y tendencias del sistema bancario italiano”, en Alberto ALONSO UREBA y Juana PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, págs.21-48.

disidentes no resulta inferior al que obtendrían en las demás alternativas practicables (arts.177 y 180). El procedimiento de concordato preventivo finaliza con el decreto de homologación que aprueba el concordato, que debe tener lugar en el plazo de seis meses desde la presentación de la solicitud de inicio del procedimiento por parte del deudor (art.181). El cumplimiento del concordato será supervisado por el comisario judicial. Si finalmente el tribunal anula o resuelve el concordato, deberá declarar la apertura del procedimiento de quiebra (art.186).

El tercer supuesto de esta categoría de instrumentos nos lo proporciona el ordenamiento portugués. El Decreto-ley 53/2004, de 18 de marzo, aprobó un nuevo texto legal regulador de la situación de crisis económico-financiera de las personas: el Código de la Insolvencia y de la Recuperación de empresas, en vigor desde el 15 de septiembre de 2004, que sustituye al Código de los procesos especiales de recuperación de empresas y quiebra de 1993, en un intento de dar solución a la excesiva duración del procedimiento concursal y al carácter ruinoso de la liquidación judicial del patrimonio del deudor⁸⁹. De manera que la reforma instaura un único procedimiento, eliminando los dos existentes hasta el momento (el proceso de recuperación y el proceso de quiebra), que puede finalizar bien mediante un plan de insolvencia aprobado por los acreedores y homologado por el juez o bien mediante la liquidación, teniendo esta última un carácter supletorio. Destaca del nuevo procedimiento de insolvencia portugués

⁸⁹ Vid., Alberto de CARVALHO FERNÁNDES, “El Código de la insolvencia y de la recuperación de empresas en la evolución del régimen de la quiebra en el Derecho portugués”, RCP, núm.1, 2004, págs.147-190.

la reducción de la intervención del juez a lo largo del proceso. Si bien algunas facultades que deja de tener pasan al administrador de la insolvencia, otras se atribuyen a la comisión de acreedores, órgano de representación de los acreedores, compuesto por tres o cinco miembros acreedores del deudor, que tiene como funciones principales fiscalizar la actuación del administrador de la insolvencia y colaborar con él. Con todo, esta comisión de acreedores, a decisión de la asamblea de acreedores, puede no constituirse, por lo que queda patente el mayor protagonismo de la asamblea de acreedores en este procedimiento de insolvencia (art.67). El deudor podrá solicitar la declaración de insolvencia en situación de insolvencia inminente y presentar un plan que goza de libertad de contenido, ya que puede prever tanto la liquidación de la masa como la recuperación de la empresa o la transmisión de la misma a otra empresa (arts.3 y 192, respectivamente)⁹⁰, y que también puede ser presentado por el administrador del procedimiento y por los acreedores (art.193). La declaración de insolvencia determinará la suspensión de cualquier diligencia y acción ejecutiva instada por los acreedores (art.88). Admitida la propuesta de plan de insolvencia, el juez lo comunica a los representantes de los trabajadores, a la comisión de acreedores, al deudor y al administrador del procedimiento, y convoca la asamblea de acreedores para discutir y votar la propuesta de plan de insolvencia (art.209). La votación del plan puede realizarse por escrito en el plazo de diez días desde la finalización de la discusión del plan de insolvencia en

⁹⁰ Vid., Maria do Rosário EPIFANIO, “El nuevo derecho concursal portugués”, RCP, núm.2, 2005, págs. 385-393.

la junta de acreedores (art.211)⁹¹. La propuesta de plan se considerará aprobada cuando estando presentes los acreedores cuyos créditos representen un tercio del total de los créditos con derecho a voto se obtengan más de dos tercios de la totalidad de los votos emitidos a favor de la propuesta y más de la mitad de los votos emitidos correspondientes a créditos no subordinados (art.212), lo que facultará al juez para homologar el plan, que adquirirá plena eficacia.

El último ejemplo lo encontramos en el ordenamiento francés. La Ley de salvamento de las empresas, de 26 de julio de 2005, que entró en vigor el 1 de enero de 2006, acompañada del Decreto de 28 de diciembre de 2005, reforma en profundidad el Derecho de las empresas en dificultades en Francia con el propósito de potenciar las soluciones negociadas a la crisis y reforzar los sistemas de prevención a través de la información y los mecanismos de alerta de las situaciones de insolvencia⁹². Lejos de seguir el principio de unidad que inspiró las reformas alemana, española y portuguesa, el legislador francés amplía, al igual que el italiano, el abanico de procedimientos a disposición del deudor para dar salida a su situación de dificultades económicas y de los tres procedimientos existentes antes de la reforma, esto es el acuerdo amigable, la

⁹¹ El ámbito del voto por escrito (sólo disponible para aquellos titulares de créditos con derecho a voto presentes o representados en la asamblea) ha sido criticado por algún autor al no incluir a los acreedores ausentes en la asamblea y suponer un óbice a una mayor participación y por ende a la conclusión del procedimiento concursal con soluciones alternativas a la liquidación. En este sentido se pronuncia Luís A. CARVALHO FERNANDES y João LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, vol.II, Quid Juris, Lisboa, 2005, págs.106-108.

⁹² El Derecho concursal francés queda recogido en la actualidad en el Libro VI del Código de comercio, recientemente reformado de nuevo por la Ordenanza n° 2008-1345 de 18 de diciembre de 2008 por la que se modifica el derecho de empresas en crisis.

reorganización judicial y la liquidación judicial, el nuevo Derecho concursal francés pasa a disponer de cinco procedimientos concursales: la conciliación, el mandato ad hoc, la salvaguardia, la reorganización judicial (*redressement*) y la liquidación judicial⁹³. De esta manera, junto a los procedimientos tradicionales de reorganización y liquidación judicial, se instaura una vía preventiva formada por la conciliación y la salvaguarda. Nos interesa analizar aquí este último procedimiento, la salvaguarda, que tiene por finalidad anticipar la reorganización de la empresa a un momento anterior a la cesación de pagos para aumentar las posibilidades de continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y el pago de las deudas a través de un plan de reorganización⁹⁴. En este sentido, el presupuesto objetivo de la salvaguarda consiste en la existencia de dificultades financieras difícilmente salvables que puedan conducir a un cese en los pagos y, en tanto que mecanismo preventivo, sólo podrá ser iniciado a petición del deudor que aún no haya cesado en sus pagos (art.L620-1). Con la apertura del procedimiento, se inicia un período de observación de seis meses durante el cual se suspenden las ejecuciones contra el deudor, que sigue con la gestión de la empresa asistido de un juez delegado, un administrador y un mandatario designados por el tribunal, y que tiene por objetivo determinar si las dificultades del deudor pueden ser superadas⁹⁵. Si se

⁹³ Vid., Guillermo José VELASCO FABRA, “La reforma francesa del derecho de las empresas en dificultades”, ADCConcursal, núm.9, 2006, págs.261-265.

⁹⁴ Vid., Jean-Luc VALLENS, “La reforma del Derecho francés de las empresas en dificultades”, RCP, núm.4, 2006, págs.399-413.

⁹⁵ Además del juez-delegado, del administrador y del mandatario judicial, el juez puede nombrar también a determinados acreedores para que actúen de inspectores (*contrôleur*), asistiendo al mandatario judicial y al juez-delegado en la función de vigilancia de la administración de la sociedad (art.L621-11).

constata durante este periodo de observación que el deudor ha entrado ya en situación de cese en los pagos, el tribunal convertirá el procedimiento de salvaguardia en un procedimiento de reorganización (art.L621-12)⁹⁶. Iniciado el periodo de observación, el deudor remitirá al administrador y al mandatario judicial un inventario de su patrimonio y la lista de acreedores, a partir de los cuales el administrador, con la colaboración del deudor y de los eventuales expertos, elaborará un balance económico y social de la empresa, que precisará el origen, la importancia y la naturaleza de sus dificultades (art.L623-1). Si existen serias posibilidades de que la empresa sea mantenida en funcionamiento, el tribunal adoptará un plan de continuación de la actividad empresarial propuesto por el deudor, con la ayuda del administrador, que dará fin al periodo de observación. El plan contendrá las medidas necesarias para la reestructuración de la sociedad (despidos, cese de determinadas unidades productivas, modificaciones estatutarias) y la satisfacción de los créditos (quitas, esperas, constitución de garantías)⁹⁷. Informados y oídos el deudor, el administrador, el mandatario judicial, los acreedores inspectores y los representantes del comité de empresa o en su defecto los delegados de personal, el tribunal resolverá sobre la adopción del plan (art.L626-9). De aprobar el plan, el tribunal nombrará al administrador o al mandatario judicial como comisario encargado de supervisar la ejecución del plan, que no puede durar más de diez años (art.L626-25). Las posibles modificaciones del plan una vez iniciado su cumplimiento deberán ser decididas por el tribunal, a instancia del deudor y con

⁹⁶ Vid., Philippe PÉTEL, *Procédures collectives*, Dalloz, París, 2005, págs.120-121.

⁹⁷ Vid., Philippe PÉTEL, *Procédures collectives*, *op.cit.*, págs.127-134.

el apoyo del comisario supervisor de la ejecución del plan. Este procedimiento de salvaguarda tiene ciertas especialidades cuando el deudor supera determinados umbrales relativos al número de asalariados y al volumen de negocio o bien sin reunir estos requisitos el deudor o el administrador solicitan la aplicación de dichas especialidades (art.L626-29). En concreto, se refuerza el papel de los acreedores con la creación de dos comités de acreedores, el de las instituciones financieras y el de proveedores⁹⁸. El deudor deberá negociar con ambos comités con el propósito de redactar una propuesta que habrá de obtener el voto favorable de al menos dos terceras partes de la deuda que cada uno de los comités represente. Si se reúne la mayoría exigida y el tribunal aprueba el plan, éste adquiere plena eficacia frente a todos los acreedores.

1.2. Soluciones que favorecen las negociaciones privadas entre el deudor y sus acreedores pero celebradas con intervención judicial o administrativa

En esta categoría encontramos aquellos instrumentos conservativos que, como en los institutos conservativos de la categoría anterior, incluyen las situaciones de riesgo de insolvencia dentro del ámbito del presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento pero van más allá al apostar por desjudicializar el

⁹⁸ Según Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, “El procedimiento de salvaguarda de empresas”, RCP, núm.3, 2005, págs.371-377, el procedimiento de salvaguarda es una muestra del interés del legislador en contractualizar el procedimiento, que se opone a la judicialización operada a resultas de la Ley de 1985, si bien no es esta una visión compartida por toda la doctrina, pues se mantiene una fuerte intervención del tribunal y de sus auxiliares. En este último sentido, vid. Isabelle DIDIER, “The Idiosyncrasy of the French Judicial System and its Preventive Procedures for Expedited Debt Restructurings”, en Rodrigo OLIVARES-CAMINAL, *Expedited deb restructuring, op.cit.*, págs. 257-295.

proceso de negociación entre el deudor y sus acreedores, aunque manteniendo un determinado grado de supervisión, ya sea administrativa o judicial. Nos referimos esencialmente al procedimiento de conciliación extrajudicial portugués y al de conciliación francés.

Por lo que respecta a la conciliación extrajudicial portuguesa, junto al procedimiento judicial de insolvencia analizado en el apartado anterior, el Decreto-Ley núm.316/98, de 20 de octubre, modificado por el Decreto-Ley núm.201/2004, de 18 de agosto, para adaptarlo a la nueva disciplina del procedimiento de insolvencia portugués, prevé un procedimiento conciliatorio extrajudicial para resolver las dificultades financieras de las empresas sin necesidad de recurrir a un procedimiento de insolvencia, necesariamente más costoso. Este procedimiento extrajudicial se basa en un acuerdo entre el deudor y todos o algunos de sus acreedores para hacer viable la recuperación de la empresa que se encuentre en situación de insolvencia, pudiendo ser esta tan sólo inminente (art.2). A este procedimiento, que comparte requisitos con el procedimiento judicial, podrá acceder cualquier empresa que esté en condiciones de solicitar la declaración de insolvencia (art.1), ya sea a petición propia o de alguno de sus acreedores, y está supervisado por una institución pública, el Instituto de Apoyo a las Pequeñas y Medianas Empresas e Inversión (en adelante, IAPMEI), encargada de hacer que el deudor y sus acreedores lleguen a un acuerdo y aprobarlo. Es obligatoria la participación en este procedimiento de un mínimo del 50% del importe de la deuda de la empresa⁹⁹.

⁹⁹ El artículo 2 establece que la participación de los acreedores públicos en el procedimiento de conciliación es obligatoria si la regularización de sus créditos es

La solicitud de conciliación se debe hacer por escrito ante el IAPMEI, junto con un plan de negocios que demuestre la adecuación del acuerdo y de la viabilidad de la empresa (art.3). Si el IAPMEI acepta la solicitud, el mismo órgano promoverá las diligencias y contactos necesarios entre la empresa y los principales interesados con vista a concretar un acuerdo de viabilidad de la empresa, pudiendo plantear propuestas de acuerdos y supervisando las negociaciones. Para ello debe analizar la viabilidad de la empresa y la adecuación del acuerdo pretendido a esa viabilidad (art.6). En tanto que procedimiento menos costoso y más expeditivo, puesto que el plazo máximo para la conclusión del procedimiento de conciliación es de 6 meses, pudiendo ser prorrogado por un nuevo plazo de 3 meses, el legislador portugués pretende incentivar su uso (art.11). Para conseguirlo, establece, por un lado, que la solicitud de la conciliación suspenda el plazo de que dispone el deudor para solicitar la declaración de insolvencia (según el art.18, el deudor tiene el deber de solicitar la declaración de insolvencia dentro de los 60 días siguientes a la fecha de conocimiento de su situación de insolvencia; el art.186.3 presume la existencia de culpa grave cuando el deudor incumpla dicho deber). Por el otro, si el contenido de la propuesta de acuerdo de conciliación extrajudicial coincide con el posible contenido del plan de pagos previsto en el art.252 del Código de insolvencia para los titulares de pequeñas empresas¹⁰⁰ y obtiene la aceptación

decisiva para la recuperación de la empresa. Esta norma, pues, es una muestra clara de la opción de política legislativa a favor de la recuperación de las empresas viables.

¹⁰⁰ Según el art.252, incluido en la regulación de la insolvencia de los empresarios y titulares de pequeñas empresas, el plan de pagos, que viene a sustituir el plan de insolvencia aplicable para el resto de deudores, puede contener, entre otras posibles cláusulas, quitas, esperas, la constitución de garantías o su extinción, un plan de pagos o la previsión de un único pago y la adopción de cualquier otra medida que favorezca la situación patrimonial del deudor. Rige pues también en la conciliación una libertad de

de más de dos tercios del valor total de los créditos relacionados por el deudor, la propuesta puede ser sometida a juicio del tribunal que sería competente para el proceso de insolvencia para homologarlo e imponerlo al resto de acreedores, con los mismos efectos que un plan concluido en un procedimiento de insolvencia. De esta manera, se elimina uno de los principales obstáculos para alcanzar un acuerdo en sede de conciliación al amparo del IAPMEI existente en la regulación anterior a la reforma relativa a la conciliación extrajudicial, consistente en la exigencia de unanimidad de todos los acreedores.

El segundo ejemplo nos lo proporciona el procedimiento de conciliación francés. La conciliación viene a sustituir al arreglo amigable, que destacaba por ser un procedimiento de carácter preventivo, con una mínima intervención del órgano jurisdiccional y cuya eficacia no trascendía a los acreedores que no prestaban su consentimiento. La conciliación consiste también en un procedimiento preventivo, flexible, con un marcado carácter contractual y expeditivo, en la medida en que su desarrollo puede alargarse como máximo hasta cuatro meses, con una única posible extensión de un mes. Asimismo, está regido por un principio de confidencialidad, que busca evitar los costes que genera la noticia de la situación patrimonial del deudor en el mercado y entre

contenido. En palabras de Luís A. CARVALHO FERNANDES y João LABAREDA, permitir a los interesados la autoregulación de sus propios intereses, según lo que mejor les convenga y en base a los principios de autonomía de la voluntad y de libertad negocial, es la mejor forma de permitir la concreción de las finalidades del procedimiento de conciliación. Vid., Luís A. CARVALHO FERNANDES y João LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, op.cit., pág.334.

sus proveedores, trabajadores y resto de acreedores¹⁰¹. Al igual que en la *sauvegarde*, sólo se podrán acoger a la *conciliation* las empresas con dificultades jurídicas, económicas o financieras, es decir todavía solventes o bien que ya han cesado en sus pagos en el plazo de 45 días precedentes a la solicitud de apertura de la conciliación (art.611-4 y 5). Por consiguiente el deudor es el único legitimado para solicitar el beneficio de la conciliación, lo cual persigue incentivar los contactos previos entre aquel y sus acreedores. El deudor debe presentar ante el tribunal la documentación que demuestre su situación económica y financiera, y una vez abierto el procedimiento, el tribunal designa a un conciliador por un periodo de cuatro meses encargado de facilitar las negociaciones entre el deudor y sus principales acreedores¹⁰². El inicio de la conciliación no aparta al deudor del control de la empresa, pues mantiene sus facultades de gestión y administración sobre ella, y no suspende, como regla general, las ejecuciones contra el patrimonio del deudor, a diferencia de lo que

¹⁰¹ Según Philippe PÉTEL, *Procédures collectives, op.cit.*, págs.14-15, el hecho de que los pagos realizados en virtud de un acuerdo concluido en un procedimiento de conciliación puedan ser anulados si entran dentro del periodo de sospecha de un posterior procedimiento reorganización (art.L632-1 y ss) es un riesgo que los acreedores del deudor deben asumir y que resta atractivo al procedimiento de conciliación.

¹⁰² En la práctica es frecuente que la conciliación vaya precedida de un mandato *ad hoc* que sirva para evaluar las posibilidades de alcanzar un acuerdo. El origen del mandato *ad hoc* se remonta a principios de los años 90 y en la actualidad está previsto en el artículo L.611-3 del Código de comercio francés, según el cual el representante de una empresa que aún no haya cesado en sus pagos pero presente dificultades financieras puede solicitar la designación de un mandatario que puede escoger el propio deudor (del registro nacional de administradores judiciales). Inspirado en los mecanismos de mediación, su regulación es mínima y eso lo dota de una gran flexibilidad. Asimismo, tiene carácter confidencial, lo que obliga a las personas partícipes del mandato *ad hoc* a no desvelar su existencia. El mandatario puede tener cometidos variados, pero sobre todo resolver disputas con trabajadores, con las instituciones financieras. El resultado del mandato *ad hoc* puede ser el de un acuerdo confidencial y aplicable sólo a las partes envueltas en las negociaciones o bien el pacto de pasar a la conciliación y convertir el acuerdo en público. Vid., Isabelle DIDIER, “The Idiosyncrasy..”, *op.cit.*, págs.264-268.

sucedía en el arreglo amigable, si bien el juez podrá acordar la paralización de las ejecuciones de forma individual cuando el deudor lo considere necesario para el éxito de la reorganización (art.L611-7). Tampoco se admitirán durante la conciliación las solicitudes para iniciar un procedimiento de reorganización judicial. Tras un debate entre acreedores, deudor, representantes del comité de empresa o delegados de personal, el conciliador y ministerio público, el resultado de la conciliación, de llegar a buen término las negociaciones, puede ser o bien un acuerdo alcanzado entre el deudor y acreedores sometido a la homologación del tribunal, desplegando el acuerdo alcanzado efectos frente a terceros, o bien un acuerdo que sea meramente constatado por el presidente del tribunal, que, con el propósito de garantizar la confidencialidad, no es objeto de publicación (art.L611-8). En el primer supuesto, con el propósito de mantener al máximo la confidencialidad a pesar de la decisión de publicar el acuerdo, la publicación no incorpora el contenido del acuerdo sino sólo su existencia y la de créditos preferentes por la concesión de nuevos fondos, que mantendrán su condición preferente de acabar abriéndose un procedimiento judicial de reorganización o liquidación (art.L611-11). En el segundo supuesto, el presidente del tribunal no tiene obligación de revisar el contenido del acuerdo, hecho que demuestra la flexibilidad y libertad de que disponen las partes a la hora de acordar soluciones a las dificultades del deudor. De hecho, son mínimas las reglas que rigen el contenido del posible acuerdo, limitado únicamente por el respeto a los créditos de las partes que no intervienen, por la exigencia de que los acuerdos alcanzados mantengan a la empresa solvente y las operaciones sean *sostenibles*.

1.3. Soluciones que reconocen validez a las negociaciones celebradas entre el deudor y sus acreedores fuera del procedimiento judicial

En esta última categoría incluimos aquellas soluciones que dan un paso más en la dirección hacia la desjudicialización de algunas actuaciones del procedimiento concursal, reconociendo plena validez no sólo a las negociaciones que el deudor y sus acreedores hayan celebrado fuera del concurso, sino también a las aceptaciones que los acreedores hayan emitido respecto a la propuesta de acuerdo presentada por el deudor antes de la apertura del procedimiento judicial o bien después del inicio del procedimiento pero sin la intervención del órgano judicial. Este reconocimiento que lleva a la promoción de las negociaciones privadas entre las partes se articula por lo general mediante la exigencia de un porcentaje determinado de apoyo por parte de los acreedores a la propuesta de convenio presentada por el deudor para que llegue a ser aprobada u homologada por el juez del concurso.

Es en esta categoría donde situamos a la PAC, entendida como una solución conservativa del patrimonio del deudor que sólo este puede iniciar y que presenta dos fases claramente diferenciadas: una fase puramente contractual en la cual tienen lugar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores al margen del procedimiento concursal, sin supervisión judicial o administrativa, aunque limitadas por lo previsto por la LC en cuanto al contenido de la propuesta de convenio, y otra fase judicial, que se inicia con la presentación en un momento anterior al previsto para la propuesta ordinaria de convenio de una propuesta de convenio parcialmente aceptada, que sigue con un primer control judicial, la admisión a trámite, y la aceptación de la propuesta por parte de la mayoría legal

exigida de acreedores mediante adhesión escrita, y que finaliza con un segundo control judicial, la aprobación por parte del juez del concurso, que supondrá la extensión de los efectos del convenio a todos los acreedores ordinarios, hayan votado a favor o no, a los subordinados y a los privilegiados que hayan votado a favor.

En el contexto del Derecho europeo, la figura que mayores similitudes guarda con la PAC, a pesar de las remarcables diferencias, es la de los *accordi di ristrutturazione dei debiti* italianos¹⁰³. La figura de los acuerdos de reestructuración de deudas, prevista en el art.182-bis del Real decreto n.267, de 16 de marzo de 1942, que fue introducido por el Decreto legislativo núm.35, de 14 de marzo de 2005, y que en su corta vida ya ha sido objeto de modificación¹⁰⁴, permite la homologación judicial de acuerdos extrajudiciales y combina elementos propios de los acuerdos extrajudiciales, como la ausencia de efectos para los acreedores que no han votado a favor del acuerdo, con elementos propios de un convenio judicial, como es la necesaria aprobación del acuerdo por parte del tribunal¹⁰⁵. Con estos rasgos característicos, es

¹⁰³ Para un análisis sobre las similitudes y diferencias entre la PAC y los acuerdos de reestructuración de deuda italianos, vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español. Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española”, ADConcursal, núm.10, 2007, págs.315-341.

¹⁰⁴ En efecto, el Decreto legislativo n.169, de 12 de septiembre de 2007, da una nueva redacción al art.182bis del Real decreto 16 de marzo de 1942, n.267, tal como fue reformado por la la Ley núm.80, de 14 de mayo de 2005, y por el Decreto Legislativo núm.5, de 9 de enero de 2006, de reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales.

¹⁰⁵ Vid., Antonio AURICCHIO, “Article 182bis of Law 80/2005 and the Code of Conduct to Restructure Debt Issued by the Italian Bank Association”, en Rodrigo OLIVARES-CAMINAL, *Expedited Debt Restructuring*, *op.cit.*, págs.357-375.

considerada una clara muestra de la instauración de un escenario legal favorable a los acuerdos celebrados fuera de los tribunales y a la desjudicialización de los procedimientos de insolvencia italianos, ya iniciada en el año 2000 con la redacción del *Codice di comportamento tra Banche per Affrontare i Processi di Ristrutturazione atti a Superare le Crisi di Impresa*, y que más adelante analizaremos¹⁰⁶. Puede recurrir a este mecanismo aquel empresario, persona natural o jurídica, que se encuentre en estado de crisis, estado que incluye tanto aquellas situaciones de insolvencia inminente como de insolvencia actual¹⁰⁷. El empresario deberá depositar ante el tribunal correspondiente, junto a la documentación exigida para el concordato preventivo¹⁰⁸, el acuerdo de reestructuración de deudas para el cual solicite la homologación judicial, que deberá reunir el consentimiento de acreedores que representen, al menos, el 60% de los créditos, e ir acompañado de un informe elaborado por un profesional que reúna los requisitos exigidos por la propia ley¹⁰⁹ sobre la viabilidad del acuerdo y su idoneidad para asegurar el pago regular de los créditos que no participan del acuerdo. Ninguna previsión

¹⁰⁶ Según Marta ZABALETA DÍAZ, la intensidad de la intervención judicial es uno de los factores diferenciadores entre los acuerdos de reestructuración y el concordato preventivo. Vid., Marta ZABALETA DÍAZ, “El “nuevo” concordato preventivo italiano (Análisis del régimen jurídico de este instituto concursal tras la reforma introducida por el Decreto Ley núm.35, de 14 de marzo de 2005)”, RCP, núm.6, 2007, págs. 415-433.

¹⁰⁷ Vid., Antonio AURICCHIO, “Article 182bis...”, *op.cit.*, pág.364.

¹⁰⁸ Principalmente un informe actualizado sobre la situación patrimonial, económica y financiera de la empresa, una lista de los bienes de la empresa, una lista de los acreedores y de los titulares de garantías reales o personales sobre bienes en posesión del deudor (art.161).

¹⁰⁹ Esto es, estar inscrito en el registro de auditores y ser abogado, economista o contable (art.67 Real decreto n.267, de 16 de marzo de 1942).

contiene el art.182-bis acerca del posible contenido de los acuerdos de reestructuración, lo que los convierte en un instrumento flexible que puede incorporar cualquier cláusula apropiada para permitir la reestructuración de las deudas y la continuidad de la actividad empresarial, desde quitas, esperas, obtención de nuevos fondos, conversión de créditos en acciones, transmisión de determinados bienes a una tercera parte, etc. El acuerdo se publicará en el Registro Mercantil italiano y a partir de la fecha de su publicación y hasta los 30 días siguientes los acreedores y cualquier interesado pueden formular oposición. No podrán, en cambio, durante los 60 días siguientes a la publicación del acuerdo, iniciarse o proseguir contra el patrimonio del deudor acciones cautelares o ejecutivas los acreedores por título y causa anterior a aquella fecha. Tras resolver las posibles oposiciones, el tribunal procederá a su homologación¹¹⁰. En la medida en que el contenido del acuerdo sólo produce su eficacia respecto a los acreedores que se han adherido al acuerdo y no sobre los que no han participado de él, aquél debe garantizar el pago regular de los acreedores no partícipes (a los que la ley denomina *acreedores externos*), esto es el pago íntegro y puntual de sus créditos¹¹¹. Por último, y como incentivo al

¹¹⁰ A pesar de que la ley no dice nada al respecto, la jurisprudencia ha establecido que el tribunal no puede modificar los términos del acuerdo. Es decir, sólo está facultado para homologar o rechazar la homologación del acuerdo, sin poder introducir ninguna modificación en el mismo. En este sentido, Resolución del Tribunal de Brescia de 22 de febrero de 2006.

¹¹¹ Si bien también hay quien entiende este pago regular a los acreedores no adheridos al acuerdo como un pago conforme a las reglas establecidas en el concordato, es decir en el porcentaje y plazos pactados con los acreedores adheridos al acuerdo, interpretación que busca favorecer la conclusión de los acuerdos de reestructuración, puesto que el pago íntegro del 40% de los créditos (no necesarios para aprobar los acuerdos) puede resultar una condición que convierta el acuerdo en inviable. Vid., Stefano AMBROSINI y Paolo Giovanni DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo...*, *op.cit.*, págs.191-192.

deudor y a los acreedores para recurrir a los acuerdos de reestructuración a fin de resolver los problemas de solvencia del primero, la Ley 80/2005 estableció la inaplicabilidad de la disciplina sobre la acción revocatoria concursal a los actos, pagos y garantías realizados en ejecución del convenio preventivo o de un acuerdo de reestructuración de deudas (art.67, ap.3)¹¹². De esta manera, si el deudor no logra recuperar su situación financiera y económica después de un acuerdo de reestructuración y acaba entrando en quiebra, ninguno de los actos llevados a cabo al amparo de aquél será revocado en el posterior procedimiento judicial.

Por su parte, el Derecho concursal inglés nos proporciona el instituto concursal que menor intervención judicial presenta en el contexto europeo. El Derecho concursal inglés se encuentra recogido en la *Insolvency Act* de 1986, norma que se ha visto reformada por la *Insolvency Act* de 2000 y la *Enterprise Act* de 2002 y que prevé varios procedimientos de insolvencia: el procedimiento de liquidación (*winding-up*), los convenios voluntarios con acreedores (*company voluntary arrangements* e *individual voluntary arrangements*) y proyectos de acuerdos (*schemes of arrangements*), la administración extrajudicial (*administrative receivership*) y la administración judicial (*administration*). Nos interesa centrarnos en los *company voluntary arrangements* (en adelante, CVA)¹¹³. Los CVA, una solución esencialmente contractual, fueron introducidos

¹¹² Vid., Elena FRASCAROLI SANTI, “Crisi dell’impresa e soluzioni stragiudiziali”, en Francesco GALGANO (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia*, Cedam, Padua, 2005, págs.199-208.

¹¹³ Relacionados con los CVA encontramos los *individual voluntary arrangements*, con los que aquellos comparten gran parte de su régimen jurídico, que se utilizan en caso de deudor persona física y que tienen una versión simplificada

como alternativa a los *schemes* y recomendados por el Informe Cork¹¹⁴ como un procedimiento simple y poco costoso para que las empresas llegasen a un acuerdo mayoritario con sus acreedores y sus socios para dar satisfacción a sus créditos¹¹⁵. Particularmente apropiados para las pequeñas y medianas empresas, han sido utilizados durante tiempo pero a pesar de su simplicidad y flexibilidad un elemento ha impedido un mayor uso de esa figura: hasta la reforma concursal de 2000, no existía una norma que habilitase para obtener la suspensión de las acciones de que disponen los acreedores para satisfacer sus créditos, hecho que es visto como uno de los principales obstáculos para su éxito¹¹⁶. A grandes rasgos, el procedimiento del CVA se basa en una propuesta de acuerdo realizada por los administradores de una sociedad, que puede no encontrarse aún en situación de insolvencia, dirigida a sus acreedores y socios para llegar a un acuerdo que satisfaga a todas las partes implicadas¹¹⁷. La propuesta de acuerdo, además de incorporar los medios de satisfacción de los

denominada *fast-track voluntary arrangement (section 263 Insolvency Act 1986)*, y los proyectos de acuerdo (*schemes of arrangements*), regulados en la Part 26 de la *Companies Act 2006*, y que suponen un método flexible para reestructurar el pasivo de una sociedad mediante la modificación estructural de la sociedad. La gran diferencia con los CVA es que no implica la suspensión de las acciones y no exige la intervención de ningún síndico, que tiene un papel fundamental en los CVA, sino únicamente del tribunal. El uso de estos proyectos de acuerdo en la práctica ha sido frecuente con los acreedores de empresas aseguradoras. Para un análisis de estos *schemes of arrangements*, vid. Samantha BEWICK, Mark FENNESSY, David MARKS, “Schemes of Arrangement and Company Voluntary Arrangement”, en Rodrigo Olivares-Caminal, *Expedited Debt Restructuring, op.cit.*, págs.157-255.

¹¹⁴ Vid., *supra* nota 62.

¹¹⁵ Vid., Geoffrey M. WEISGARD, *Company voluntary arrangements*, Jordans, Bristol, 2003, pág.3.

¹¹⁶ En este sentido se manifiesta Vanessa FINCH, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, págs.334-336.

¹¹⁷ Vid., Geoffrey M. WEISGARD, *Company voluntary arrangements, op.cit.*, pág.2.

acreedores, debe designar a un profesional de la insolvencia (*insolvency practitioner*) que actuará durante el procedimiento del CVA como síndico¹¹⁸. La doctrina equipara sus funciones a las de un mediador, en la medida en que no actúa en representación del deudor a pesar de ser designado por él sino como un agente neutro que debe facilitar la conclusión del acuerdo que satisfaga los intereses de la empresa, de los acreedores y de cualquiera de las partes involucradas en el acuerdo y que debe supervisar la gestión que los administradores realizan de la sociedad¹¹⁹. Nombrado el síndico, este debe presentar en 28 días un informe al tribunal afirmando si en su opinión el CVA tiene razonables perspectivas de ser aprobado y ejecutado y si se deberían convocar las juntas de acreedores y socios para considerar la propuesta (*section 2 Insolvency Act 1986*). Para permitir al síndico preparar dicho informe, los administradores deben entregarle un documento con los términos del acuerdo y un balance de situación de la sociedad. En este momento de presentación de la propuesta para la evaluación del síndico, el deudor que reúna determinadas condiciones puede solicitar la suspensión de las acciones (*moratorium*). Junto con la propuesta, el balance de situación y el informe del síndico, el deudor debe presentar la declaración conforme reúne las condiciones para acceder a una moratoria, que normalmente dura los 28 días que el síndico necesita para

¹¹⁸ Las *Insolvency Rules de 1986*, norma que complementa a la *Insolvency Act*, establecen en su punto 1.3 los contenidos que debería incorporar una propuesta, si bien dicha lista no es exhaustiva: los bienes de la sociedad, con sus cargas, el pasivo, cómo serán satisfechos los acreedores garantizados, una estimación del valor de liquidación de la empresa, la duración prevista del cumplimiento del acuerdo, los honorarios del síndico, la nueva financiación que se espera obtener para afrontar el acuerdo y cómo serán pagados.

¹¹⁹ Vid., Samantha BEWICK, Mark FENNESSY y David MARKS, “Schemes of Arrangement and Company Voluntary Arrangement”, *op.cit.*, págs.157-255.

presentar su informe¹²⁰. La moratoria inicia su eficacia una vez se presentan los documentos al tribunal, de manera automática y sin evaluación del tribunal, y durante su vigencia no podrá iniciarse o continuar ningún procedimiento o ejecución contra el patrimonio del deudor sin la autorización del tribunal. Así, los acreedores garantizados no podrán solicitar el nombramiento del *receiver*, o de liquidación o administración judicial¹²¹. Si el síndico, una vez evaluada la propuesta, considera oportuna la convocatoria de las juntas de acreedores y la de socios y así lo ha manifestado al tribunal, las convocará en el día, hora y lugar que considere adecuados, notificando la convocatoria a cada uno de los acreedores de la sociedad de cuyos créditos tenga constancia. En las reuniones celebradas, se deberá decidir si se aprueba el acuerdo propuesto, con o sin modificaciones. Celebradas las reuniones necesarias, el presidente de las respectivas juntas debe preparar un informe y presentarlo al tribunal,

¹²⁰ Como ya hemos mencionado con anterioridad, originariamente los CVA no suponían la suspensión de las acciones durante las negociaciones previas a la votación, y en la práctica era necesario obtener de todos los acreedores votantes el consentimiento para las negociaciones o bien una orden de administración judicial con carácter previo a la negociación si se pretendía tal suspensión. La *Insolvency Act* de 2000 introdujo la moratoria para aquellas empresas que reúnan unas determinadas condiciones y que en definitiva hacen disponible la moratoria sólo a las pequeñas y medianas empresas (un volumen de negocios no superior a 2.8 millones de libras por año; menos de 50 empleados y un balance de situación que no exceda de 1.4 millones de libras), que no sean entidades aseguradoras o bancarias, se encuentren ya en un procedimiento de administración o liquidación ni hayan disfrutado ya de una moratoria durante los 12 meses anteriores. A pesar del buen recibimiento que la introducción de la moratoria tuvo, la doctrina se ha mostrado crítica con su configuración. Así, se ha dicho que las ventajas de la moratoria se reducen al no proteger a la empresa durante el periodo en que se prepara la propuesta y cualquier contacto o consulta con los acreedores durante ese tiempo puede precipitar la interposición de alguna acción. Vid., Vanessa FINCH, *Corporate Insolvency Law, op.cit.*, pág.342.

¹²¹ La solicitud de la moratoria tiene otros efectos. Antes de la reforma concursal que la introdujo, el procedimiento de CVA no implicaba una investigación sobre la conducta de los administradores del deudor, lo que suponía un incentivo claro para los administradores que querían evitar semejante expediente. Con la reforma de 2000, el síndico ha de comunicar las conductas negligentes que conozca en aquellos casos en que se haya aplicado moratoria (*section 7*).

expresando el resultado de las juntas, esto es si la propuesta ha sido aprobada, con o sin modificaciones en la propuesta inicial, o rechazada. La propuesta se entenderá aceptada si lo ha sido por las dos juntas. Si el resultado de la junta de acreedores difiere del de la junta de socios, debe acudir al tribunal, quien decidirá si se aplica la decisión tomada por la junta de socios o cualquier otra decisión que estime oportuna¹²². Si es aceptada por acreedores que representen el 75% del valor de los créditos, el acuerdo será obligatorio para todos ellos, incluso para los que no han prestado su consentimiento favorable. Una vez aprobado el acuerdo, la persona que inicialmente ha actuado de síndico se convierte en el supervisor del cumplimiento del acuerdo. Si comprueba el incumplimiento de dicho acuerdo o la imposibilidad de su cumplimiento, deberá comunicarlo al tribunal y a los acreedores. Cualquier acreedor o socio podrá solicitar la anulación del acuerdo al tribunal si dicho acuerdo ha provocado perjuicios injustos a los intereses de los acreedores o socios o si ha habido alguna irregularidad en relación a las juntas. El tribunal puede revocar o suspender cualquier decisión irregular y ordenar la convocatoria de una junta para considerar de nuevo la propuesta. En esta resumida descripción del procedimiento de los CVA, se constata el papel mínimo del tribunal, especialmente cuando no existe moratoria, que se ciñe a estimar la solicitud de anulación del acuerdo en caso de incumplimiento o fraude de acreedores (*sections 6 y 7 Insolvency Act 1986*), en contraposición al protagonismo principal del síndico.

¹²² La doctrina se ha cuestionado la necesidad de aceptación del acuerdo por parte de los accionistas, puesto que al exigirse la convocatoria de la junta y su aceptación del acuerdo se les está otorgando un protagonismo desproporcionado dado el papel que ocupan en la sociedad como acreedores residuales. En este sentido, vid. Vanessa FINCH, *Corporate Insolvency Law, op.cit.*, pág.352.

Más allá del Derecho comparado europeo también encontramos figuras que se aproximan a la PAC en algunos ordenamientos del continente americano como los de Chile, Brasil, Argentina¹²³ y, sobre todo, Estados Unidos. Abordamos a continuación los tres primeros y dejamos el estudio más detenido del ordenamiento estadounidense y de sus *prepackaged bankruptcy plans* para el siguiente apartado, puesto que estos representan la figura concursal con la que la PAC comparte, a nuestro juicio, mayores similitudes y que mayor recorrido práctico lleva acumulado.

El Derecho concursal chileno, conformado por tres procedimientos concursales, como son la quiebra, los convenios y las cesiones de bienes, se ha visto modificado recientemente por las Leyes 20.080, de 24 de noviembre de 2005, y 20.073, de 29 de noviembre de 2005, en especial en lo que respecta a la disciplina de los convenios concursales. El Código de Comercio chileno, cuerpo legal que acoge desde la mencionada reforma la legislación concursal, distingue dos modalidades de convenio concursal: los convenios judiciales preventivos, aquellos que se presentan antes de una posible declaración de quiebra, y los convenios simplemente judiciales, propuestos durante el procedimiento de quiebra para darle término¹²⁴. Los primeros son los que suponen una contractualización del procedimiento concursal más acentuada. Pueden ser

¹²³ Vid., Rodrigo OLIVARES-CAMINAL, “Corporate Debt Restructuring in Latin America: New Developments-New Opportunities?”, *Int. Co. Commerc. L. Rev.*, v. 16, núm. 6, junio 2005, págs.254-262. En este artículo se analizan las reformas concursales acontecidas en países de América Latina y en especial aquellas que introducen alternativas extrajudiciales a los procedimientos de insolvencia tradicionales.

¹²⁴ Vid., José Joaquín UGARTE VIAL, “Information on Bankruptcy Law in Chile”, *Int. Corp. Rescue*, vol.4, núm.1, 2007, págs.15-21.

propuestos tanto por el deudor como por los acreedores cuando aquel aún no haya cesado ninguno de sus pagos ante el juez que sería competente para declarar la quiebra. Como regla general, la mera proposición del convenio no suspende las acciones que los acreedores puedan ejercer contra del deudor ni los juicios pendientes ni obstará a la realización de los bienes (art.177). Sin embargo, la ley prevé dos excepciones a esta regla fundamentadas en la existencia de un apoyo considerable de los acreedores a la proposición de convenio presentada. Así, la primera excepción se encuentra en el art.177 bis, que recoge aquel supuesto en que la proposición de convenio judicial preventivo se hubiere presentado con el apoyo de dos o más acreedores que representen más del 50% del total del pasivo. En estos casos, no podrá solicitarse la quiebra del deudor ni iniciarse en su contra juicios ejecutivos de cualquier clase durante los noventa días siguientes a la notificación a los acreedores con la convocatoria a junta para deliberar sobre aquella proposición. Durante este período de suspensión, el deudor mantiene sus facultades de disposición y administración de su patrimonio limitadas, pues no podrá gravar ni enajenar bienes que no estén expuestos a deterioro o desvalorización o cuyo gravamen o enajenación no sean indispensables para el normal desenvolvimiento de su actividad, con previa autorización del síndico para la ejecución de dichos actos. La segunda excepción se encuentra en el art.177 quáter, que, de existir un apoyo por parte de los acreedores aún mayor al del anterior supuesto, simplifica y acelera más el procedimiento hasta la aprobación del convenio: así, la proposición de convenio judicial preventivo presentada con el apoyo de dos o más acreedores que representen más del 66% del total del pasivo suspenderá las ejecuciones y declaración de quiebra no por noventa sino por treinta días, periodo en el que

debe celebrarse la junta para decidir sobre la aceptación o no del convenio. Además, en estos casos el art.177 reduce las funciones asignadas al síndico, en concreto, no deberá informar sobre la proposición de convenio tal como exige el art.174, que obliga al síndico a valorar si la propuesta es susceptible de ser cumplida, si el convenio resultará más conveniente para los acreedores que la quiebra del deudor y a calcular el monto probable de recuperación que le correspondería a cada acreedor en la quiebra, de manera que el procedimiento se ve simplificado y agilizado. Las proposiciones de convenio judicial preventivo, sea cual sea el apoyo con el que cuenten, pueden versar sobre cualquier objeto lícito para evitar la declaración de la quiebra, salvo sobre la alteración de la cuantía de los créditos fijada para determinar el pasivo (art.178). Los convenios judiciales preventivos se considerarán acordados cuando cuenten con el consentimiento del deudor y reúna a su favor los votos de los dos tercios o más de los acreedores concurrentes que representen tres cuartas partes del total del pasivo con derecho a voto, excluidos los créditos preferentes cuyos titulares se hayan abstenido de votar por ellos. Una vez aprobado por el juez, el convenio obliga al deudor y a todos sus acreedores, hayan o no concurrido a la junta que lo acuerde y hayan o no tenido derecho a voto. Por último, mencionar el contenido del art.169, que considera válidos los acuerdos extrajudiciales celebrados antes de su declaración de quiebra entre el deudor y uno o más de sus acreedores relativos al pago de sus obligaciones o a la administración de sus bienes, si bien sólo obligan a quienes lo suscriban¹²⁵. Estos acuerdos extrajudiciales pueden convertirse en la fase previa para la proposición de un

¹²⁵ Vid., Rodrigo OLIVARES-CAMINAL, “Corporate Debt Restructuring in Latin America...”, *op.cit.*, pág.257.

convenio preventivo judicial. Es evidente, pues, la apuesta por la desjudicialización del procedimiento concursal de legislador chileno.

Respecto al Derecho concursal brasileño, la Ley núm.11.101 de 9 de febrero de 2005 reforma en profundidad el Derecho de quiebras empresariales brasileño. Muy resumidamente, mantiene, por un lado, el procedimiento de quiebra, aunque con importantes modificaciones, dirigido a la ejecución de los bienes del deudor consistente en su enajenación, ya sea la enajenación de los establecimientos de la empresa en bloque, unidades productivas individualmente o bien la enajenación de bienes individualmente considerados, y, por el otro, sustituye el procedimiento de *concordata* anterior por dos nuevos procedimientos, la recuperación judicial y la recuperación extrajudicial de empresas¹²⁶. Centraremos nuestra atención en la recuperación extrajudicial, que presenta dos modalidades: la recuperación homologatoria (art.162) y la recuperación impositiva (art.163). Bajo ambas modalidades, el deudor que se encuentre en una situación de crisis económico-financiera y que cumpla con determinados requisitos¹²⁷ puede negociar un acuerdo con sus acreedores privadamente y solicitar posteriormente la aprobación del acuerdo por parte del tribunal competente, que se limitará a comprobar que se reúnen los requisitos exigidos y a aprobar o rechazar el acuerdo, sin intervenir en su negociación. La

¹²⁶ Vid., M^a Isabel CANDELARIO MACÍAS, “Reseña sobre la Ley n^o 11.101, de 9 de febrero de 2005, sobre recuperación judicial, extrajudicial y la quiebra del deudor mercantil en Brasil”, RCP, 2005, núm.3, págs.395-401.

¹²⁷ Se trata de los requisitos del art.48, que exige al deudor, para poder solicitar la apertura de la recuperación judicial y extrajudicial, entre otros requisitos, haber llevado a cabo sus actividades comerciales de forma regular durante un periodo mínimo de dos años antes de la solicitud, no estar declarado en quiebra, y no haber solicitado el inicio de una recuperación judicial en los 5 años anteriores.

principal diferencia entre los dos tipos de recuperación extrajudicial es el porcentaje de apoyo por parte de los acreedores que se exige al acuerdo para su aprobación y los efectos que produce sobre los acreedores que no tomen parte del acuerdo¹²⁸. Mientras que mediante la recuperación homologatoria el deudor solicita al tribunal la homologación de un plan de reestructuración firmado por todos los acreedores sujetos al mismo, de manera que la homologación del plan obliga sólo a los partícipes del acuerdo¹²⁹, con la recuperación impositiva el deudor puede presentar un acuerdo con el apoyo de acreedores que representen como mínimo las tres quintas partes del importe de los créditos de cada clase o grupo de acreedores sujetos al plan y que, de ser aprobado, obligará a todos los acreedores afectados por el plan, hayan o no prestado su consentimiento a favor o se hayan manifestado en contra¹³⁰. En ambos casos, rige una gran flexibilidad en cuanto al contenido sobre el que pueden negociar las partes (art.50), siendo el único límite no imponer ningún trato desfavorable a los acreedores no sujetos al acuerdo. Una vez presentado el acuerdo, el procedimiento es simple y expeditivo, puesto que el control judicial se ciñe estrictamente a un control de la

¹²⁸ Vid., Luiz Fernando VALENTE DE PAIVA and Christopher Andrew JARVINEN, “Out-of-Court Reorganizations – The Brazilian Model”, *Int. Corp. Rescue*, vol.2, núm.5, 2005, págs.234-238.

¹²⁹ Ha sido criticado por la doctrina que en la fase final del iter parlamentario de la nueva Ley concursal brasileña se abandonara la protección dispensada a los actos realizados en base a un acuerdo homologado por el tribunal frente a las acciones revocatorias instadas en un posible procedimiento de quiebra posterior. Con esta protección suprimida, los incentivos para que el deudor y sus acreedores recurran a este instrumento son muy reducidos. En este sentido, vid. Luiz Fernando VALENTE-DE-PAIVA, “Brazil’s Two New Mechanisms for Out-Of-Court Reorganizations: Homologation of Consensus and Enforcement of Agreement”, en Rodrigo OLIVARES-CAMINAL, *Expedited Debt Restructuring*, *op.cit.*, págs.97-127.

¹³⁰ Como excepción, el art.161 establece que la recuperación extrajudicial no afectará los créditos laborales y fiscales, lo que ha sido criticado por la doctrina. En este sentido, vid. Arnaldo LAUDISIO, “The New Brazilian Bankruptcy Law”, *Int. Corp. Rescue*, vol.2, núm.2, 2005, págs.87-88.

legalidad del acuerdo. El deudor mantiene las facultades de administración de sus bienes y por lo tanto no se prevé el nombramiento de ningún administrador concursal o síndico, aunque el deudor deberá tener en cuenta que sus actos pueden ser susceptibles de revocación en una declaración de quiebra posterior de fracasar el procedimiento de recuperación. La intervención judicial es, como se ve, mínima. La declaración de recuperación extrajudicial no supondrá tampoco la suspensión de las acciones o ejecuciones de que son titulares los acreedores que no han aceptado el acuerdo ni de las posibles solicitudes de quiebra por parte de los acreedores que no han apoyado el acuerdo (art.161.4). El juez, recibida la petición de homologación de un acuerdo extrajudicial, ordenará su publicación abriendo un plazo de treinta días para que todos los acreedores del deudor puedan presentar oposición en base a los motivos tasados que fija la propia ley (art.164). Haya o no oposición al acuerdo, el juez no procederá a la homologación de ninguna propuesta que cause perjuicio a los intereses de los acreedores o haya evidencias de simulación de créditos o mala representación de los acreedores firmantes del acuerdo. Si finalmente el deudor no consigue reunir las adhesiones necesarias en cualquiera de los procedimientos, tendrá la opción de recurrir a la recuperación judicial, al amparo de la cual podrá seguir negociando con sus acreedores y conseguir la aceptación de los acreedores por un porcentaje de adhesiones exigido menor al de la recuperación extrajudicial.

En cuanto al Derecho concursal argentino, si bien la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, de 20 de julio de 1995, fue modificada por última vez por la Ley 26.086, de 22 de marzo de 2006, fue en el 2002, a través de la Ley 25.589,

de 16 de mayo de 2002, cuando se instauró la figura del acuerdo preventivo extrajudicial, que ahora analizaremos, en los arts.69-76 y que ha resultado ser un instrumento legal muy utilizado para las renegociaciones de deuda societaria en los últimos años¹³¹. Se trata de un procedimiento concursal simple y poco costoso, alternativo al concurso preventivo y a la quiebra, y que tiene su origen en el acuerdo preconcursal existente en el Derecho anterior¹³². El acuerdo preventivo extrajudicial consiste en un acuerdo que el deudor logra con sus acreedores extrajudicialmente y que presenta posteriormente al tribunal a los meros efectos de que convalide dicho acuerdo mediante homologación judicial. El deudor podrá acudir a este instituto procesal cuando se encuentre en cesación de pagos o atraviese dificultades económicas o financieras de carácter general y haya llegado a un acuerdo con la mayoría absoluta de los acreedores ordinarios que representen las dos terceras partes del pasivo ordinario total (arts.69 y 73). Las partes pueden dar al acuerdo el contenido que consideren conveniente a sus intereses, rigiendo en este punto un principio de libertad de contenido (art.71). Desde el momento de la presentación de la solicitud de homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, junto con la documentación exigida¹³³, quedan suspendidas todas las acciones de contenido patrimonial contra el deudor. Presentado el acuerdo, el juez lo publicará mediante edictos y

¹³¹ Vid., Gabriel GÓMEZ GIGLIO, “Argentine Corporate Rescue: Judicial and “Out of Court” (Pre-Packaged) Reorganisation Proceedings”, *Int. Corp. Rescue*, vol.5, núm.2, 2008, págs.77-85.

¹³² Vid., Adalberto Luis Busetto, “El acuerdo extrajudicial preventivo argentino. Reseña de estructura y aplicación. Analogías y contrastes con el convenio anticipado”, *RCP*, núm.2, 2005, págs.437-444.

¹³³ Estos documentos son el listado de acreedores, el estado de activo y pasivo, el monto que representan los acreedores que han firmado el acuerdo y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los acreedores del deudor (art.72).

en un diario de gran circulación, abriendo de esta manera un periodo de oposición al mismo, de diez días de duración (art.75). Si no existen oposiciones y el juez comprueba el cumplimiento de los requisitos legales, se homologará el acuerdo. Los actos concluidos como consecuencia del acuerdo serán plenamente eficaces en caso de quiebra ulterior del deudor, en virtud del art.121, y el acuerdo tendrá eficacia respecto a todos los acreedores ordinarios cuyos créditos sean anteriores a la presentación del acuerdo, aunque no hayan participado en el procedimiento (art.56)¹³⁴.

Finalmente, dentro de esta categoría de soluciones conservativas con manifiesto carácter extrajudicial encontramos los *prepackaged bankruptcy plans* del Derecho concursal estadounidense, de los cuales nos ocuparemos de forma detenida en el siguiente apartado, no sin antes poner de relieve, ante la descripción del escenario internacional que acabamos de realizar, la originalidad de la PAC en el entorno europeo y la oportunidad que supone para el Derecho concursal español el disponer de un instrumento que, sin sacrificar las garantías que aporta el control judicial sobre el convenio, retiene las ventajas de un acuerdo extrajudicial en beneficio del deudor y sobre todo de sus acreedores.

¹³⁴ Aunque algunos autores han destacado las similitudes que la recuperación extrajudicial presenta respecto al acuerdo preventivo extrajudicial argentino, lo cierto es que la figura brasileña tenía más rasgos en común con el anterior acuerdo preconcursal, que no acarrea la suspensión de las acciones individuales de los acreedores durante su tramitación ni estaba garantizada la validez y eficacia de los actos llevados a cabo en base al acuerdo en una declaración posterior de quiebra del deudor. En este sentido, vid. Francisco Satiro DE SOUZA, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2005, pág.514.

1.4. Soluciones que promueven la desjudicialización de los procedimientos concursales patrocinadas por organismos internacionales

Antes de entrar en el estudio de la indicada figura del Derecho norteamericano, sin embargo, es necesario poner de relieve también la influencia que los textos jurídicos de determinados organismos e instituciones internacionales han ejercido en la promoción de este tipo de instrumentos concursales con tendencia a la desjudicialización de los procedimientos concursales. En la comunidad internacional, ante la experiencia de diferentes países que han visto exacerbada su crisis económica y financiera, entre otros motivos, por la ausencia de un procedimiento de insolvencia ordenado y eficiente, se comparte la preocupación por contribuir, con propuestas más o menos concretas, al diseño de sistemas de insolvencia sólidos que asistan en la prevención y resolución de las crisis financieras. En este contexto, es compartida también la idea de que, a la hora de tener presentes los factores clave para diseñar sistemas de insolvencia eficientes, el tiempo es un elemento determinante y la rapidez y agilidad de un procedimiento en resolver los problemas financieros debe ser un objetivo a perseguir. Las propuestas que desde diferentes instancias internacionales han visto la luz en los últimos años, además de compartir la preocupación por obtener un procedimiento ágil, poco costoso y rápido, comparten también la idea de que uno de los medios para conseguirlo es la promoción de los acuerdos extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores, y, ante la dificultad de concluir acuerdos extrajudicialmente, de los procedimientos concursales con menor intervención judicial.

Podemos mencionar, en primer lugar, la Guía Legislativa UNCITRAL sobre el régimen de la insolvencia¹³⁵, que tiene por finalidad guiar a los países a la hora de establecer un marco jurídico eficiente y eficaz para resolver las dificultades financieras de los deudores comerciales, busca conciliar la necesidad de resolver con prontitud y eficiencia las dificultades financieras del deudor con el deber de defender los intereses de las diversas partes que puedan verse directamente afectadas por las dificultades financieras del deudor, especialmente sus acreedores. Entre los objetivos que, según la Guía, ha de perseguir todo régimen de insolvencia eficiente y eficaz están el de obtener el máximo valor posible de los bienes del deudor y el de lograr una solución oportuna y rápida a su situación de insolvencia. Uno de los instrumentos contemplados por la Guía para alcanzar los mencionados objetivos es el denominado procedimiento de *reorganización agilizada*, contemplado en las recomendaciones 160 a 168. En contraposición al procedimiento de reorganización completo, la reorganización agilizada es un tipo de reorganización basada en un acuerdo de reorganización obtenido en una negociación voluntaria, fuera de un proceso concursal formal o judicial, que adquiere, después de la oportuna aprobación judicial, carácter vinculante incluso para aquellos acreedores que no lo suscriben. Estos procedimientos se caracterizan por su brevedad, puesto que su propósito no es crear un espacio para la negociación del plan de reorganización, que tiene lugar antes de iniciarse el procedimiento judicial, sino asegurar que los acreedores tengan noticia de él y puedan formular objeciones antes de que el tribunal

¹³⁵ Vid., Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la insolvencia, Naciones Unidas, CNUDMI, Nueva York, 2006. También en David MORÁN BOVIO (coord.), *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, RCP, La Ley, núm.5, 2006.

decida la confirmación o el rechazo del plan. Al permitir preservar las ventajas de las negociaciones voluntarias en que una mayoría significativa de acreedores da su conformidad, este tipo de procedimiento reduce al mínimo las demoras y gastos de una reorganización completa, y a su vez evita que un plan acordado en negociaciones voluntarias fracase por acciones de ejecución instadas por acreedores disconformes con el acuerdo. En definitiva, este tipo de procedimiento es considerado como un instrumento eficiente para rehabilitar empresas con dificultades económicas y por ello la Guía considera que debe figurar entre las soluciones ofrecidas por los derechos internos de insolvencia. Sin embargo, y a pesar de ser un instrumento valioso, su eficacia puede verse condicionada por la existencia de determinadas circunstancias, entre ellas que una proporción importante del endeudamiento de la empresa se haya contraído con un reducido número de bancos o instituciones financieras; que los acreedores acepten que tal vez sea preferible negociar un acuerdo entre la empresa deudora y las entidades financieras para resolver las dificultades económicas del deudor antes que recurrir directamente y sin ninguna instancia previa al régimen de la insolvencia; que el deudor no se encuentre en una situación económica y financiera tal que necesite las ventajas que podría obtener por la vía judicial, como la paralización automática de toda otra actuación procesal o la facultad de rechazar las deudas particularmente onerosas.

En el mismo sentido se pronuncia el Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) en el documento *Orderly and effective insolvency procedures*:

*key issues*¹³⁶. En este documento, el FMI expone, ante la importancia de que los países cuenten con sistemas de insolvencia eficientes para reforzar sus economías y mercados financieros, aquellas cuestiones que a su parecer deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar disciplinas sobre insolvencia. Uno de los medios para potenciar la eficiencia de los procedimientos concursales y que deberían incorporar las legislaciones sobre insolvencia es el de los denominados *procedimientos de preinsolvencia*, procedimientos que suponen un híbrido entre una reestructuración extrajudicial y un procedimiento formal de reestructuración y que han demostrado, en los países en que ya son utilizados, reportar ventajas importantes. Como ejemplos de este tipo de procedimientos, el FMI pone los *prepackaged bankruptcy plans* del Derecho concursal estadounidense así como el conjunto de principios y guías no obligatorios emitidos por el Banco de Inglaterra y dirigidos a los bancos comerciales para adoptar una actitud de apoyo hacia sus deudores que atraviesan problemas financieros, conocido como *London Approach*, y del que más tarde trataremos. En relación a los *prepackaged* o *pre-negotiated plans*, en función de si son acuerdos negociados y votados fuera de los tribunales o bien sólo negociados, el FMI entiende que comportan enormes beneficios, puesto que combinan la gran ventaja de una reorganización judicial, esto es la posibilidad de imponer un plan a los acreedores disidentes, con los beneficios de la eficiencia de un procedimiento informal, por lo que recomienda el reconocimiento de estas figuras en orden a conseguir una mayor eficiencia de los procedimientos concursales de reorganización.

¹³⁶ Vid., *Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues*, FMI, Washington, 1999.

Asimismo, el Banco Mundial, en sus *Principios para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores*¹³⁷, que contienen recomendaciones a los países para mejorar los sistemas de insolvencia extraídas de las mejores prácticas internacionales en el diseño de sistemas de insolvencia y los derechos de los acreedores, también es del parecer que los acuerdos extrajudiciales deben ser promocionados por las diferentes legislaciones sobre la materia (principio B4.1). Promoción de los acuerdos extrajudiciales que debe ir acompañada de la configuración de procedimientos concursales que estén en condiciones de procesar rápidamente un posible acuerdo extrajudicial, negociado con anterioridad a la solicitud del procedimiento judicial (principio B4.2).

2. Los *prepackaged bankruptcy plans* del Derecho concursal estadounidense

Sin duda el máximo exponente del procedimiento de reorganización agilizado promocionado en la Guía UNCITRAL y por el resto de documentos internacionales antes descritos es la figura norteamericana del *prepackaged bankruptcy plan*, instrumento ya consolidado desde hace años en la práctica judicial de los tribunales norteamericanos y que ha generado numerosos trabajos doctrinales. El estudio del régimen jurídico del *prepackaged bankruptcy plan*, que seguidamente emprendemos y que en muchos aspectos es similar a la PAC, y de los trabajos que sobre él existen en la doctrina

¹³⁷ Vid., *Principios para sistemas efectivos de insolvencia y de derechos de los acreedores* (versión revisada), Banco Mundial, Washington, 2005.

norteamericana nos ha de dotar de elementos adicionales para el ulterior análisis de la figura española.

2.1. Noción

Al amparo del *Bankruptcy Code* norteamericano, el deudor que quiera llegar a un acuerdo con sus acreedores para resolver sus problemas financieros puede acudir al procedimiento de *reorganization* regulado en el *Chapter 11*¹³⁸. Se trata de un procedimiento concursal de carácter conservativo y reorganizativo, que tiene por objeto la superación de los problemas de solvencia del deudor a través de la aprobación de un plan de reorganización que, a pesar de aquel carácter, no sólo puede consistir en la reestructuración del pasivo del deudor mediante la enajenación ficticia del patrimonio de la sociedad concursada a sus acreedores, quienes en sustitución de sus créditos originales reciben nuevos derechos sobre la sociedad reorganizada¹³⁹, sino también en una enajenación real de la empresa en funcionamiento e incluso en su liquidación, según la lista de posibles contenidos del plan recogida en la *section 1123*. Este procedimiento concursal se inicia con la solicitud de apertura del mismo, que puede ir acompañada de la presentación del plan por parte del deudor, quien goza de un derecho de exclusividad para proponerlo dentro de los 120 días siguientes a la apertura del

¹³⁸ El *Bankruptcy Code* cuenta, además del procedimiento de reorganización del *Chapter 11*, con el procedimiento del *Chapter 9*, para la reorganización de las deudas de organismos públicos; *Chapter 12*, destinado a granjeros y pescadores que reúnan determinadas condiciones, y el *Chapter 13*, para individuos que no superen un determinado volumen de deuda, aparte del *Chapter 7*, destinado a la liquidación del patrimonio del deudor.

¹³⁹ Vid., Lucian Ayre BEBCHUK, "Chapter 11", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol.3, 1998, págs.219-224.

procedimiento y 180 días para solicitar las aceptaciones a dicho plan, periodo que según las circunstancias puede verse ampliado. Si el deudor no hace uso de este periodo de exclusividad para presentar un plan, lo podrán hacer pasado ese tiempo los acreedores o el propio administrador nombrado por el tribunal (*section 1121*). La orden del tribunal aceptando la solicitud de apertura del procedimiento (*order of relief*) no desplaza necesariamente al deudor (o a los administradores de la sociedad deudora) de la gestión de su patrimonio, sino que aquél mantiene sus facultades administración sobre el mismo, convirtiéndose en lo que el *Bankruptcy Code* denomina *debtor-in-possession*, a menos que a petición de alguna de las partes interesadas se solicite el nombramiento de un administrador (*trustee*) que lo sustituya (*section 1104 y 1107*). Además de poder seguir con la gestión de su patrimonio, el deudor también se ve protegido por la suspensión automática (*automatic stay*) que afecta a las acciones de sus acreedores con el inicio del procedimiento de reorganización (*section 362*). Una vez se ha presentado el plan de reorganización, se da comienzo a una fase de negociación entre el deudor y sus acreedores dirigida a obtener la aceptación del plan por parte de estos últimos y su ulterior aprobación por parte del tribunal que conoce de la reorganización. Los acreedores y los accionistas del deudor serán convocados a una reunión presidida por el administrador del concurso donde se examinarán aquellos asuntos relevantes de la situación financiera y económica del deudor para la aprobación del plan (*section 341*). El plan, que podrá ser modificado hasta antes de su aprobación (*section 1127*), podrá incorporar cualquier medio adecuado para su cumplimiento y deberá agrupar sus créditos en clases de características o intereses similares (*section 1122*). Para la aprobación del plan, el deudor habrá

de demostrar que el plan supone para los acreedores que no han aceptado el plan que percibirán como mínimo lo que hubiesen recibido a través de la liquidación y que la aprobación del plan no es probable que vaya seguida de liquidación o de una nueva reorganización (*section 1129*). El plan se entenderá aceptado por aquellas clases de acreedores que no se vean afectados por el plan, por lo que el deudor no necesita obtener la aceptación expresa de estos acreedores. Sin embargo, sí deberá contar con la aceptación de todas las clases de acreedores perjudicadas por el plan, la cual concurrirá cuando el plan haya sido aceptado por más de la mitad de acreedores que ostenten como mínimo dos terceras partes del valor del pasivo que represente cada clase de acreedores (*section 1126*). Ello no obstante, si este porcentaje de acreedores que deben apoyar el plan no se reúne, el tribunal, haciendo uso del mecanismo que se conoce como *cram-down*, puede aprobarlo igualmente e imponerlo a las clases afectadas que hayan rechazado el plan siempre y cuando como mínimo una de las clases afectadas haya votado a favor del plan y ninguna clase de acreedores reciba en virtud del plan ningún pago mientras las clases preferentes afectadas que hayan votado en contra no hayan visto satisfechos por completo sus créditos (*section 1129*). Finalmente, la aprobación del plan por parte del tribunal comporta la exoneración del deudor respecto de cualquier deuda surgida antes de la fecha de dicha aprobación, a menos que el plan establezca otra cosa (*section 1141*).

Antes de proceder a recabar las aceptaciones del plan de reorganización por parte de los acreedores, el deudor debe haber proporcionado al tribunal un documento que contenga información adecuada para los acreedores relativa al

plan de reorganización (*disclosure statement*) y haber obtenido la aprobación judicial sobre dicho documento (*section 1125*). Sin embargo, el *Bankruptcy Code* prevé una excepción al cumplimiento de este requisito de presentación y aprobación del *disclosure statement* antes de solicitar las aceptaciones de los acreedores: se trata del supuesto contenido en la *Section 1126 (b)* del *Bankruptcy Code*¹⁴⁰, que considera válidas las aceptaciones al plan de reorganización emitidas por los acreedores con anterioridad al inicio del procedimiento concursal, siempre que se hayan cumplido las normas que rigen fuera del concurso en las negociaciones y aceptaciones del plan. Este tipo de planes, que bien pueden ser simplemente negociados antes del inicio del concurso pero no aceptados aún por los acreedores o bien negociados y aceptados, total o parcialmente, antes de la apertura del procedimiento concursal, reciben el nombre de *prepackaged bankruptcy plans*. En estos casos, el deudor presenta, junto con la solicitud de inicio del procedimiento, el plan de reorganización y las aceptaciones que haya conseguido. El juez, si comprueba que se reúnen todos los requisitos exigidos por el *Bankruptcy Code*, puede aprobar el plan. Vemos, pues, como junto al procedimiento de reorganización

¹⁴⁰ Es oportuno reproducir íntegramente la *Section 1126 (b)* del *Bankruptcy Code*. “*b) For the purposes of subsections (c) and (d) of this section, a holder of a claim or interest that has accepted or rejected the plan before the commencement of the case under this title is deemed to have accepted or rejected such plan, as the case may be, if*

(1) the solicitation of such acceptance or rejection was in compliance with any applicable nonbankruptcy law, rule, or regulation governing the adequacy of disclosure in connection with such solicitation; or

(2) if there is not any such law, rule, or regulation, such acceptance or rejection was solicited after disclosure to such holder of adequate information, as defined in section 1125(a) of this title.”

descrito muy resumidamente, que transcurre desde su inicio bajo los auspicios de un tribunal, el *Bankruptcy Code* regula un procedimiento de reorganización abreviado, que permite al deudor anticipar las negociaciones con sus acreedores e incluso la solicitud de sus votos a favor del plan de reorganización a un momento anterior a la declaración de concurso y aportar el plan parcialmente aceptado al mismo tiempo que solicita la apertura del procedimiento de reorganización¹⁴¹. Aunque las negociaciones que el deudor puede emprender con sus acreedores fuera de los tribunales pueden llevar su tiempo y una vez presentado el plan el juez del concurso debe igualmente confirmar el plan de reorganización, el *prepackaged bankruptcy plan* puede acortar la duración del procedimiento judicial considerablemente. De esta manera los procedimientos concursales en los que se presenta un *prepackaged plan* acaban durando algunos meses, a diferencia de los procedimientos en los que no se presenta, que pueden llegar a alargarse años¹⁴². De hecho, las negociaciones extrajudiciales previas al inicio del concurso que caracterizan los *prepackaged plan* pueden llegar en ocasiones a evitar el procedimiento concursal, pero de no ser ese el caso consiguen acelerar los trámites procesales hasta la aprobación judicial.

2.2. Origen y finalidad

Los *prepackaged bankruptcy plans* tienen su origen en la práctica del denominado *equity receivership*, procedimiento judicial surgido a finales del

¹⁴¹ Vid., Mark ROE, *Corporate reorganization and bankruptcy. Legal and financial materials*, Foundation Press, New York, 2000, págs.9-12.

¹⁴² Vid., David A. SKEEL, *Debt's dominion. A history of bankruptcy law in America*, Princeton University Press, Princeton, 2001, págs.228-229.

siglo XIX a raíz de las quiebras de las sociedades que gestionaban la construcción y mantenimiento de los ferrocarriles por todo el territorio de Estados Unidos, cuando en relación con el inicio de este procedimiento en los tribunales federales se formaba un comité protector (*protective committee*) de los acreedores de la empresa en crisis, generalmente formado por los obligacionistas de la misma. Al auspicio de lo que se conocía como acuerdos de depósito (*deposit agreements*), se solicitaba a cada uno de los acreedores que integraban aquel comité el depósito de sus títulos, a fin y efecto de confeccionar un plan de reorganización que se sometía, posteriormente, a la confirmación del tribunal, en lo que acababa siendo un procedimiento concursal abreviado¹⁴³. Fueron muchas las acusaciones de abusos cometidos en aquellos comités protectores por parte de los administradores de las sociedades concursadas y de los acreedores garantizados en perjuicio de los obligacionistas. En respuesta a tales acusaciones, el Congreso de los Estados Unidos, al abordar la reforma concursal a través de la *Chandler Act* de 1938, estableció dos tipos diferentes de reorganización: el *Chapter X*, destinado a grandes sociedades cotizadas, fuertemente intervenido por la SEC que prohibía la solicitud de aceptaciones al plan antes del inicio del procedimiento de reorganización para evitar los abusos mencionados, y el *Chapter XI* que estaba destinado a ser utilizado principalmente por pequeñas sociedades no cotizadas, para llegar a un acuerdo con los acreedores no garantizados y que admitía como válidas las solicitudes de aceptaciones al plan de reorganización producidas antes de la declaración de

¹⁴³ Vid., WEIL, GOTSHAL y MANGES LLP, *Reorganizing Failing Businesses. A Comprehensive review and analysis of financial restructuring and business reorganization*, ABA, Chicago, 2007, págs.12(1)-12(57).

concurso, en la medida en que dichas solicitudes cumplieran con la legislación aplicable fuera del concurso, al entenderse que era un instrumento válido para hacer más eficaz el procedimiento concursal de estos deudores y donde no se apreciaba el contexto de abusos de las grandes sociedades¹⁴⁴. Cuando el Congreso de los Estados Unidos reformó nuevamente la Ley concursal norteamericana en 1978 y consolidó las diferentes vías de reorganización del Derecho anterior en un solo procedimiento y capítulo, el *Chapter 11*, cuyo presupuesto subjetivo abarcaba tanto las pequeñas empresas como las grandes sociedades cotizadas y en el cual se optó por restringir la intervención de la SEC¹⁴⁵, se abandonó la prohibición contra los *prepackaged plans* que afectaba a las sociedades cotizadas, explicitando la admisión de las solicitudes de aceptación del plan de reorganización previas a la declaración de concurso en la *Section 1126 (b)* del *Bankruptcy Code*. Esta decisión legislativa demostraba una clara apuesta del legislador estadounidense por la promoción de los acuerdos extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores, reconociendo que los *prepackaged plans* reunían muchos de los beneficios de aquellos y merecían ser puestos al alcance de los deudores que quisieran resolver sus problemas financieros con mayor rapidez¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Vid. WEIL, GOTSHAL y MANGES LLP, *ibidem*.

¹⁴⁵ Vid., David A. SKEEL, *Debt's dominion*, *op.cit.*, págs.160-176.

¹⁴⁶ En esta misma línea de la norma que admite los *prepackaged bankruptcy plans* se encuentra la de la *section 305*, según la cual el tribunal, después de oír a las partes, puede rechazar la petición del inicio del concurso o puede suspender el procedimiento que ya esté en curso si considera que los intereses de los acreedores y del deudor serían mejor servidos si rechaza o suspende el procedimiento. En este sentido, vid. WEIL, GOTSHAL y MANGES LLP, *Reorganizing Failing Businesses*, *op.cit.*, págs.12(1)-12(57).

Esta apretada síntesis del origen de la figura de los *prepackaged plans* nos sirve para comprender por qué en la práctica este tipo de plan de reorganización ha sido utilizado principalmente por las grandes sociedades cotizadas. La justificación reside en el estrecho vínculo que existe entre los *prepackaged plans* y el problema de resistencia que los instrumentos de deuda negociada en los mercados de valores acarrearán y que aquellos ayudan a reducir¹⁴⁷. El problema de la resistencia se refiere al esfuerzo que realiza el titular de un derecho para apropiarse de una parte del valor generado por un proyecto de aumento de la riqueza que afecta a su derecho¹⁴⁸. El titular del derecho afectado, consciente de que su derecho tiene más valor para el impulsor del proyecto que para él debido a las ganancias que éste obtendrá con la conclusión del proyecto, rehúsa verse afectado por tal proyecto a menos que el impulsor del proyecto le ofrezca una parte de esas ganancias¹⁴⁹. En el contexto de las sociedades cotizadas el problema de la resistencia surge desde el momento en que en la mayoría de instrumentos de deuda negociada en los mercados de valores se exige el consentimiento de todos o casi todos los titulares de la misma para proceder a cambios en las condiciones de la emisión de los títulos y no todos están dispuestos a aceptar tales cambios. Este rechazo a participar en lo que se denomina un intercambio de títulos (*exchange offer*), es decir una oferta que realiza la sociedad para intercambiar los títulos que poseen sus titulares por

¹⁴⁷ Vid., WEIL, GOTSHAL y MANGES LLP, *Reorganizing Failing Businesses*, *op.cit.*, págs.12(1)-12(57).

¹⁴⁸ Para un análisis del problema de la resistencia o *hold out problem*, vid. Lloyd COHEN, "Holdouts and free riders", *J. Legal Stud.*, núm.20, 1991, págs.351-362.

¹⁴⁹ Vid. Lloyd COHEN, "Holdouts and free riders", *op.cit.*, pág.354.

otros con nuevas condiciones y términos que aquella pueda asumir¹⁵⁰, se explica por las peculiares características de estos instrumentos de deuda, esto es, la existencia de titulares anónimos, de cantidades pequeñas y por lo tanto poco interesados en responder a la petición del deudor de llegar a un acuerdo de reestructuración o bien interesados en apropiarse de una parte de las ganancias que la sociedad obtenga con el intercambio de títulos. En estas circunstancias, está claro que conseguir el consentimiento unánime o casi unánime puede resultar tarea imposible para la sociedad deudora, que, de no obtener el consentimiento exigido, sigue obligada a satisfacer íntegramente el importe de sus créditos. Esta circunstancia reduce considerablemente las posibilidades que una sociedad cotizada con problemas financieros tiene de llegar a un acuerdo extrajudicial de reestructuración del pasivo con sus acreedores. El *Bankruptcy Code* proporciona al deudor, mediante el *prepackaged plan*, la oportunidad de dar respuesta a este problema de resistencia al menor coste posible: la substitución de la unanimidad por un sistema de votación por mayorías por clases de acreedores en una tramitación más rápida y menos costosa. En la práctica, además, los *prepackaged plans* suelen estar vinculados a una oferta de intercambio de títulos, de tal manera que inicialmente se intenta la reestructuración de la deuda por la vía de la oferta de intercambio para lidiar con los obligacionistas, donde se exige un porcentaje de votos normalmente del 90% o superior, y si este porcentaje no se alcanza, las aceptaciones conseguidas para la oferta de intercambio de títulos se mantienen como aceptaciones al plan de reorganización que el deudor presentará en forma de *prepackaged plan*,

¹⁵⁰ Section 316 de la *Trust Indenture Act* de 1939. Securities Act.

para la aprobación del cual no es necesaria la unanimidad sino las mayorías de la *section 1126* ya examinadas. Esta combinación entre la *exchange offer* y el *prepackaged plan* tiene como efecto la superación de las reticencias de aquellos obligacionistas contrarios a la oferta de intercambio, puesto que de haber un apoyo considerable a la oferta, ésta se aprobará a través del *prepackaged plan* y acabarán sometidos a ella, de tal manera que les resultará más conveniente aceptar la oferta de intercambio inicial y ahorrarse los costes del procedimiento concursal. En estos casos el *prepackaged plan* se convierte claramente en un mecanismo de potenciación de los acuerdos extrajudiciales¹⁵¹.

2.3. La *adequacy of disclosure*

Ya hemos visto como en sus orígenes, los *prepackaged plans* habían estado vinculados a situaciones de abuso a los acreedores, lo que llevó a prohibirlos durante un tiempo en el procedimiento de reorganización previsto en la *Chandler Act* de 1938 para las sociedades cotizadas. Es por ello que el legislador estadounidense del 1978 debía articular, si se decidía a admitir de nuevo los *prepackaged plans*, un mecanismo que asegurase a los acreedores la transparencia informativa sobre la situación financiera y económica de su deudor, a pesar de que las negociaciones y las votaciones transcurriesen antes de dar inicio al concurso, aspecto este clave para su éxito. De hecho, tanto en relación con las solicitudes de votos anteriores al inicio del procedimiento de reorganización concursal como con las posteriores, un aspecto fundamental en

¹⁵¹ Vid., WEIL, GOTSHAL y MANGES LLP, *Reorganizing Failing Businesses*, *op.cit.*, págs.12(1)-12(57).

el buen funcionamiento de todo el sistema concursal consiste en proporcionar suficiente información a los acreedores con derecho de voto sobre las implicaciones del plan para que puedan tomar una decisión fundamentada al respecto.

Este mecanismo previsto por el *Bankruptcy Code* para asegurar la existencia de una información suficiente necesaria para los acreedores, a la vez que admitía los votos emitidos fuera del control judicial, es la *adequacy of disclosure* o la obligación que recae sobre el deudor de proporcionar una información suficiente a sus acreedores antes de solicitar sus votos y que se encuentra recogido en la *Section 1126 (b)*¹⁵². Así, según este precepto, las aceptaciones al plan obtenidas antes del inicio del concurso sólo son válidas si la solicitud de la aceptación o rechazo del plan se ha llevado a cabo con el cumplimiento de las normas que rigen fuera del concurso. Estas normas hacen referencia fundamentalmente a las que regulan el mercado de valores, que serán de aplicación cuando el deudor pretenda negociar el intercambio o modificación de títulos con sus acreedores. Si estas normas del mercado de valores no son de aplicación por encontrarnos ante un deudor que no responde al perfil de sociedad cotizada, se exige que la aceptación o rechazo del plan haya sido

¹⁵² La imposición de esta obligación de proporcionar una información suficiente fue clave también en la reformulación en un solo capítulo de los distintitos procedimientos de reorganización que existían antes de la reforma de 1978, que diferían, entre otros aspectos, en el grado de intervención judicial y administrativa a lo largo del procedimiento. En el nuevo procedimiento de reorganización del *Chapter 11*, una vez se proporciona a los acreedores una información suficiente sobre el plan de reorganización, aquellos están en condiciones de actuar maximizando la satisfacción de sus intereses a la hora de decidir si aceptan o rechazan el plan sin la necesidad de la intervención de la SEC o del administrador del concurso. En este sentido, vid. Paul J. THIMMIG, "Adequate Disclosure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code", S. Cal. L. Rev., núm.53, 1979-80, págs.1527-1562.

solicitado después de que el deudor haya proporcionado la información suficiente al acreedor según los términos de la *Section 1125 (a)*¹⁵³. El propio *Bankruptcy Code*, pues, establece lo que debe entenderse por información suficiente: aquel tipo de información, con el detalle suficiente y que sea razonable a la luz de la naturaleza e historia del deudor, que permita a un hipotético inversor hacerse un juicio informado sobre el plan de reorganización propuesto por el deudor.

Este estándar está configurado con suficiente flexibilidad para adaptarse a las particularidades de cada caso, en función de la complejidad del mismo, de la sofisticación de los acreedores y de la disponibilidad de la información y el coste de obtenerla, en el bienentendido de que obtener determinada información tiene un coste que debe sopesarse en función de los beneficios que puede reportar a los acreedores¹⁵⁴. Por lo general, y a la vista de las resoluciones de los tribunales concursales sobre esta cuestión, la información adecuada de la que los acreedores necesitarán disponer, para dar su consentimiento a favor del plan o no, y que el deudor deberá proporcionarles antes de solicitar su voto hace referencia a las causas de los problemas de insolvencia del deudor, las medidas

¹⁵³ En los concursos de empresas pequeñas, este requisito se relaja. La *section 1125 (f)* permite al tribunal considerar que en las reorganizaciones de empresas pequeñas el plan de reorganización mismo proporciona suficiente información y que una declaración separada no es necesaria. Esta medida fue incorporada por la Ley sobre prevención del abuso del concurso y protección de los consumidores de 2005, dotando de flexibilidad y reduciendo los costes de los concursos de las empresas pequeñas. Al respecto, vid. Robert M. LAWLESS, “Small Business and the 2005 Bankruptcy Law: Should Mom and Apple Pie be worried?”, *S. Ill. U. L. J.*, 2007, vol.31, núm.3, págs.585-619.

¹⁵⁴ Vid., Note, “Disclosure of adequate information in a Chapter 11 reorganization”, *Harv. L. Rev.*, núm.94, 1980-81, págs. 1808-1828.

para eliminarlas, el contenido resumido del plan de reorganización, el valor de los bienes que integran el patrimonio del deudor y el importe de los créditos en su contra, las previsiones sobre las ganancias futuras, una estimación sobre el valor que recibirían los acreedores en un hipotético procedimiento de liquidación, los administradores que gestionarán la empresa y que por lo tanto asumirán la ejecución del contenido del plan de reorganización y los litigios que puedan aparecer en contra del patrimonio del deudor¹⁵⁵.

Este requisito es una pieza clave en la regulación de los *prepackaged plans*, pues la existencia de una información suficiente para los acreedores es determinante para la validez de las aceptaciones al plan de reorganización propuesto por el deudor. Asimismo, podemos adelantar ya que nos servirá para comprender más adelante la racionalidad de las prohibiciones que el art.105 LC impone a los deudores que quieran presentar una PAC. Esta racionalidad está ligada a la necesidad de proporcionar información suficiente a los acreedores del deudor en un procedimiento en que el ahorro de tiempo podría conseguirse a expensas de las garantías informativas de los acreedores.

2.4. Evolución normativa

Aunque inicialmente eran vistos con reservas por su origen histórico ligado a los abusos cometidos contra determinados acreedores y por considerarse un

¹⁵⁵ Vid., Paul J. THIMMIG, “Adequate Disclosure Under Chapter 11..”, *op.cit*, esp. págs.1551-1556.

instrumento para evitar el concurso¹⁵⁶, su trayectoria en la práctica desde su reconocimiento expreso en la *Bankruptcy Act* de 1978 ha demostrado que los *prepackaged bankruptcy plans* son, en efecto, un método de promoción de los convenios extrajudiciales consistente con el sistema concursal previsto en el *Bankruptcy Code* y de reducción de los costes de transacción que acarrea una reorganización del patrimonio del deudor¹⁵⁷.

Así se expresó la *National Bankruptcy Review Commission* en el informe *Bankruptcy: The Next Twenty Years* publicado en 1997, donde se proponían una serie de reformas en relación a los *prepackaged plans* para dotarlos de mayor eficacia, reformas que fueron incorporadas a la Ley sobre prevención del abuso del concurso y protección de los consumidores de 2005, que supone la mayor revisión del *Bankruptcy Code* desde 1978. A pesar de que la Ley de 2005 se centra en la regulación de los concursos de los consumidores, incorpora también modificaciones en el régimen de los *prepackaged plans* con el

¹⁵⁶ Los *prepackaged bankruptcy plans* eran considerados como un intento por parte del deudor de evitar el concurso y se asemejaban a aquellos otros pactos entre el deudor y alguno de sus acreedores, principalmente los garantizados, que implicaban la renuncia del deudor a acudir al concurso en caso de problemas financieros. En este sentido, vid. David A. SKEEL, *Debt's dominion...*, *op.cit.*, pág.228. Dichos pactos o cláusulas, impuestas al deudor por alguno de sus acreedores, buscan por regla general impedir el inicio del concurso y la consiguiente aplicación de la suspensión automática de las acciones de manera que el acreedor pueda al amparo de tales cláusulas pactadas con el deudor recuperar los bienes sobre los cuales recaen las garantías de sus créditos (*prepetition waiver of stay*). Estas cláusulas, que de aplicarse suponían un mejor trato para unos determinados acreedores, con mayor poder de negociación, en detrimento del resto de acreedores, fueron respetadas por algunos tribunales, lo que llevó a la *National Bankruptcy Review Commission* a posicionarse en su Informe de 1997 en contra de cualquier acuerdo preconcursal que implicase la renuncia, restricción o condicionamiento por parte del deudor de cualquier derecho previsto en el *Bankruptcy Code*, prohibición que recoge la *section 558*, sin que dicha prohibición contradiga la promoción de los acuerdos extrajudiciales que también defiende la *Commission*.

¹⁵⁷ Vid., Nicholas SAGGESE y Alesia RANNEY-MARINELLI, *A practical guide to out-of-court restructurings and prepackaged plans of reorganization*, Prentice Hall Law & Business, Nueva Jersey, 1993.

propósito de dotarlos de mayor eficiencia e incentivar su uso, superadas ya aquellas reservas iniciales hacia ellos y reconocida su capacidad para reducir costes.

En primer lugar, se modifica la *Section 341* para permitir al tribunal concursal dispensar la tradicional convocatoria de la reunión de acreedores si el deudor ha presentado un plan de reorganización cuyos votos se han obtenido antes del concurso. Antes de la reforma, la *Section 341* exigía al administrador del concurso convocar en todo caso una reunión con los acreedores del deudor para que estos pudieran examinar la situación financiera del deudor. En un *prepackaged plan*, no obstante, el deudor ya ha distribuido la información sobre su situación financiera como parte de su *disclosure statement* o informe de situación, ya ha negociado con los acreedores afectados por el plan y ya ha solicitado su aceptación. La reforma de este precepto viene a admitir, como ya sugería la *National Commission*, que en esta situación la reunión de los acreedores es innecesaria y sólo sirve para dilatar la confirmación del plan de reorganización.

En segundo lugar, se modifica la *Section 1125*, a la que se añade la letra *(g)*, para permitir al deudor que ya había empezado a solicitar votos para su plan de reorganización antes del inicio del concurso continuar solicitando votos una vez declarado el concurso. La letra *b* de la misma *Section 1125* no permite al deudor solicitar votos para su plan hasta que, una vez comenzado el procedimiento concursal, el tribunal haya aprobado el informe de situación que está obligado a presentar el deudor en el procedimiento de reorganización del *Chapter 11*. Esta

norma se aplicaba, hasta la reforma del 2005, también a los *prepackaged plans*, lo que carecía de sentido y podía provocar conductas estratégicas de algunos acreedores en el sentido de alargar el proceso presentando la solicitud de concurso involuntario contra el deudor e impidiendo así que el deudor continuase recabando votos para su plan¹⁵⁸.

2.5. Los *prepackaged bankruptcy plans*, la doctrina contractualista y los costes del concurso

A pesar de las cautelas impuestas por el legislador en su regulación y de las ventajas demostradas en la práctica, un sector de la doctrina, receloso de todas aquellas actuaciones llevadas a cabo sin la supervisión de los órganos judiciales por ser propensas a generar abusos y fraudes a los acreedores, se ha mostrado crítico con la figura de los *prepackaged plans*, en los que ve un mecanismo para eludir el control judicial de los procedimientos de reorganización, en la medida en que la rapidez con que se tramitan impide que el juez tenga oportunidad real de confirmar que la información suministrada a los acreedores ha sido la apropiada y que por lo tanto los votos emitidos por aquellos son válidos, lo que conduce a la desprotección de los acreedores¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Vid., Jay M. GOFFMAN, Mark A. McDERMOTT, Kurt RAMLO, “American Bankruptcy Reform and Creativity Prompt the *In re Blue Bird Body Company* One-Day Pre-packaged Plan of Reorganization”, en Rodrigo OLIVARES-CAMINAL, *Expedited Debt Restructuring, op.cit.*, págs. 457-475.

¹⁵⁹ En este sentido, vid. Lynn M. LoPUCKI, *Courting Failure*, The University of Michigan Press, Michigan, 2005, esp. págs. 70-74 y 157-163. Denomina a los *prepackaged plans*, muy gráficamente, *rubber-stamping cases* en referencia al papel casi testimonial del tribunal en su tramitación judicial.

Sin embargo, la evolución legislativa que *los prepackaged plans* han experimentado, según hemos descrito anteriormente, choca frontamente con los recelos mencionados, pues la última reforma del *Bankruptcy Code* ha potenciado su agilidad y eficacia, en consonancia con otro sector de la doctrina concursal norteamericana, que ha entendido que los beneficios que se atribuyen a los *prepackaged plans* se deben a que éstos son una muestra del fenómeno de la privatización del procedimiento concursal, basado en la menor intervención judicial que su tramitación implica en comparación con la tramitación no abreviada de un plan de reorganización y la consiguiente mayor autonomía de las partes, puesto que como hemos visto son válidas las negociaciones celebradas entre el deudor y sus acreedores fuera del procedimiento concursal así como las aceptaciones que los acreedores emitan antes de la declaración del concurso¹⁶⁰.

Esta privatización viene siendo defendida con especial énfasis por el movimiento del *Law & Economics* y por la llamada doctrina contractualista del procedimiento concursal, que ante las ineficiencias que genera el procedimiento concursal del *Chapter 11* y el riesgo que comportan de disipación de los recursos de la empresa o de asignación no óptima del capital, propone alternativas menos costosas al mismo. Aunque diversas, todas ellas comparten la idea de fondo según la cual las partes involucradas en una crisis empresarial pueden

¹⁶⁰ En este sentido, vid. Michael JENSEN, “Active Investors, LBOs and the Privatization of Bankruptcy”, *J.App. Corp.Fin.*, vol.2, núm.1, 1989, pág.35-44, y Edward I. ALTMAN, “Emerging trends in bankruptcy reorganization”, en Edward I. ALTMAN, *Bankruptcy and Distressed Restructurings*, Beard Books, Maryland, 1998, págs.401-417.

solucionar los problemas de acción colectiva que dicha crisis crea entre ellas mediante contratos, sin necesidad de recurrir al procedimiento concursal¹⁶¹. Según esta corriente, las partes han de ser libres para negociar con antelación las reglas que regirán su pactos particulares en caso de insolvencia del deudor, las cuales harían innecesaria la existencia del Derecho concursal, excepto para aquellos acreedores que no estaban en posición de pactar con el deudor, como los acreedores extracontractuales.

Como decíamos, estas propuestas contractualistas alternativas al procedimiento concursal persiguen combatir las diversas ineficiencias que se achacan al *Chapter 11*, provocadas por la existencia de costes, directos e indirectos, derivados de la tramitación de un procedimiento concursal y que, como ya expusimos al examinar los costes del procedimiento en relación a la finalidad de reducción de dichos costes asignada a la PAC, se ven agravados por la excesiva duración del procedimiento concursal y los conflictos de intereses que la situación de insolvencia del deudor genera entre las partes implicadas. La aportación de los *prepackaged plans* consiste precisamente en servir de

¹⁶¹ Vid., Barry E. ADLER, “Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy”, *Stan. L. Rev.*, vol.45, 1993, págs.311-346; Douglas BAIRD y Robert RASMUSSEN, “The End of Bankruptcy”, *Stan. L. Rev.*, vol.55, 2002, págs.751-789; Lucian Ayre BEBCHUK, “A New Approach to Corporate Reorganizations”, *Harv. L. Rev.*, vol.101, 1988, págs.775-804; Alan SCHWARTZ, “Contract Theory Approach to Business Bankruptcy”, *op.cit.*, págs.1807-1851. En contra de esta corriente doctrinal, a la que se critica principalmente los riesgos que un sistema de reglas concursales privadas múltiples impone a aquellos acreedores que no han podido ajustar el precio de su crédito contra el deudor a la hora de contraerlo. Vid., Susan BLOCK-LIEB, “The Logic and Limits of Contract Bankruptcy”, *U. Ill. L. Rev.*, vol. 2001, núm.2, págs.503-559; Lynn M. LOPUCKI, “Contract Bankruptcy: A Reply to Alan Schwartz”, *Yale L. J.*, vol.109, núm.2, 1999, págs.317-342; Elisabeth WARREN y Jay Lawrence WESTBROOK, “Contracting out of bankruptcy: an empirical intervention”, *Harv. L. Rev.*, vol.118, 2005, págs.1198-1254.

mecanismo para contrarrestar los dos elementos mencionados agravantes de los costes del concurso, en la medida que reduce los costes de transacción que se ocasionan fuera del concurso a la vez que reduce el consumo de tiempo que supone una reorganización judicial, convirtiéndose en un claro incentivo al deudor para anticipar oportunamente la resolución de su situación de insolvencia. Este efecto incentivador se construye, por otro lado, sobre un régimen jurídico basado en un sistema concursal que permite mantener al deudor las facultades de administración y disposición de su patrimonio así como gozar de un periodo de exclusividad para presentar el plan de reorganización, suspender las ejecuciones individuales de los acreedores y cesar el devengo de intereses (*section 506 y 502*) y, sobre todo, que faculta al juez para imponer el contenido del convenio que no haya obtenido el favor de la mayoría de acreedores.

La rapidez que los *prepackaged plans* inyectan al procedimiento concursal contenta, al margen de al deudor, tanto a los acreedores garantizados, pues reduce la duración del procedimiento y el riesgo de deterioro de los bienes asegurados, como a los ordinarios, en la medida en que reduce los costes del concurso a cargo de la masa activa del concurso y por lo tanto aumenta la cuota de satisfacción de sus créditos¹⁶². Este aspecto propio de los *prepackaged plans* se debe sin duda a su naturaleza híbrida, que los sitúa entre el convenio extrajudicial y el convenio concursal, y que permite combinar los bajos costes y

¹⁶² Vid., James J. WHITE, “The Virtue of Speed in Bankruptcy Proceedings”, Statement before the National Bankruptcy Review Commission 6 (May 14, 1997).

demás ventajas de una reorganización privada extrajudicial con los beneficios de una reorganización judicial¹⁶³.

2.6. Los datos empíricos sobre el uso de los *prepackaged bankruptcy plans*

Como hemos visto, los procedimientos mediante *prepackaged plans* fueron autorizados explícitamente a partir de la reforma del Derecho concursal estadounidense de 1978, pero no fue hasta los años 90 cuando se convirtieron en rutinarios, especialmente en las sociedades con deuda negociada en mercados de valores¹⁶⁴. En la actualidad su uso se ha generalizado, siendo especialmente utilizados para implementar acuerdos en supuestos de demandas colectivas por daños (principalmente, casos de contaminación por amianto) y para consumir ventas o fusiones ya pactadas con los acreedores más importantes¹⁶⁵.

¹⁶³ Vid., Brian L. BETKER, “An empirical examination of prepackaged bankruptcy”, *Finan. Manage.*, vol.24, núm.1, 1995, págs.3-18. Este rasgo ha llevado a algún autor a denominar a los *prepackaged plans* con la elocuente expresión de “low-cost reorganization”. Vid. Michael JENSEN, “Corporate Control and the Politics of Finance”, *J. App. Corp. Fin.*, vol.4, núm.2, 1991, págs.13-33. Otros los consideran una “extensión administrativa de una reorganización extrajudicial”. Vid. John McCONNELL y Henri SERVAES, “The economics of pre-packaged bankruptcy”, en BHANDARI, Jagdeep S. y WEISS, Lawrence A., *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs.322-326.

¹⁶⁴ Vid., David A. SKEEL, *Debt's dominion...*, *op. cit.*, págs.228-229.

¹⁶⁵ Vid., Ronald BARLIANT, Dimitri G. KARCAZES, Anne M. SHERRY, “From free-fall to free-for-all: the rise of pre-packaged asbestos bankruptcies”, *Am.Bankr. Inst. L. Rev.*, núm.12, 2004, págs.441-471, y Douglas BAIRD y Robert RASMUSSEN, “The End of Bankruptcy”, *op.cit.*, págs.751-789.

Esta generalización en la práctica ha suscitado el interés de la doctrina americana y ha hecho surgir numerosos estudios sobre la figura. Estos estudios demuestran que, a pesar de los aspectos positivos de los *prepackaged plans*, éstos no son un instrumento útil para todo tipo de situaciones de insolvencia ni para cualquier tipo de deudor. En este sentido, no es difícil comprender, por ejemplo, que un deudor con graves problemas de liquidez difícilmente podrá detenerse a negociar privadamente con sus acreedores sin recurrir a la ayuda que le proporciona el procedimiento concursal mediante la suspensión automática de las acciones ejecutivas individuales de sus acreedores. En este sentido, los citados estudios buscan determinar los factores que influyen en la elección del procedimiento de reestructuración que debe dar solución a los problemas de solvencia del deudor.

En concreto, estos estudios crean, sobre la base de datos empíricos, un perfil de deudor que opta por cada una de las posibilidades a su disposición: una reestructuración privada o extrajudicial, un *prepackaged plan* o una reestructuración según el *Chapter 11*¹⁶⁶. Los datos muestran, en primer lugar,

¹⁶⁶ Los trabajos más relevantes al respecto son los siguientes: Brian BETKER, "An empirical examination of prepackaged bankruptcy", *op.cit.*, págs.3-18; Sris CHATTERJEE, Upinder S. DHILLON y Gabriel G. RAMIREZ, "Resolution of financial distress: debt restructurings via chapter 11, prepackaged bankruptcies and workouts", *Finan. Manage.*, vol.25, núm.1, 1996, págs.5-18; Stuart GILSON, "Managing default: Some evidence on how firms choose between workouts and chapter 11", *J. App. Corp. Fin.*, núm.4, 1991, págs.62-70; John McCONNELL y Henri SERVAES, "The economics of pre-packaged bankruptcy", *op.cit.*, págs.322-326; Thomas J. SALERNO y Craig D. HANSEN, "A prepackaged bankruptcy strategy", *The Journal of Business Strategy*, enero/febrero, 1991, págs.36-41; Elizabeth TASHJIAN, Ronald LEASE y John McCONNELL, "Prepacks. An empirical análisis of prepackaged bankruptcies", *JFE*, núm.40, 1996, 135-162; Keven YOST, "The Choice among traditional chapter 11, prepackaged bankruptcy and out-of-court restructuring", *University of Wisconsin, Working Paper*, 2002, págs.1-41.

que las empresas que optan por una reorganización extrajudicial o *workout* son sociedades titulares de grandes empresas, con deudas a largo plazo y, por lo tanto, con problemas de liquidez no inmediatos, viables económicamente, y pocos problemas de coordinación de los acreedores. En cambio, las sociedades que optan por una reorganización judicial a través del *Chapter 11* son titulares de empresas de menor tamaño, con bastante crédito comercial y bancario, con problemas de liquidez y crisis no sólo financiera sino también económica, además de graves problemas de coordinación entre los acreedores. Finalmente, las sociedades que escogen presentar un *prepackaged plan* son titulares de grandes empresas, con deuda a corto plazo, con problemas de liquidez no actuales pero sí inmediatos aunque viables económicamente y con problemas de coordinación entre acreedores¹⁶⁷.

El valor de estos resultados reside, más allá de proporcionar un mayor conocimiento sobre la realidad de los procedimientos de reestructuración en Estados Unidos, en la posibilidad de proyectarlos, con las cautelas debidas, a otras realidades económicas y realizar consideraciones de carácter general. Más

También existen trabajos entre nuestra doctrina que se inspiran en los trabajos norteamericanos e intentan trasladar las reflexiones en ellos expuestas a la situación de las empresas españolas. Así, Víctor Manuel GONZÁLEZ-MÉNDEZ y Francisco GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, “Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: costes de insolvencia y transferencias de riqueza”, *Investigaciones Económicas*, vol.24, núm.2, 2000, págs.357-384; María GUTIÉRREZ-URTIAGA, “Efectos del endeudamiento sobre los resultados de las empresas en crisis”, *Investigaciones Económicas*, vol.24, núm.1, 2000, págs.75-116; Carlos LÓPEZ GUTIÉRREZ, Begoña TORRE OLMO, Belén DÍAZ DÍAZ, “Características determinantes y contenido informativo de los mecanismos de reestructuración financiera”, *Rev. Eur. Dir. Econ. Empresa*, vol.14, núm.2, 2005, págs.111-124.

¹⁶⁷ Vid., Sris CHATTERJEE, Upinder S. DHILLON y Gabriel G. RAMIREZ, “Resolution of financial distress..”, *op.cit.*, págs.7-18.

en concreto, y por lo que a nuestro trabajo respecta, su valor reside en la contribución al mejor entendimiento del contexto real en el que la PAC puede desplegar su potencial cumpliendo todas sus finalidades. Volviendo a la doctrina norteamericana, los factores que, de acuerdo con los estudios referidos, determinan la elección entre una reorganización privada y una reorganización judicial son, fundamentalmente, el tamaño de la empresa¹⁶⁸, la estructura de la deuda¹⁶⁹, la inmediatez de la crisis de liquidez, la magnitud de la crisis económica¹⁷⁰, y el alcance de los problemas de coordinación entre deudor y acreedores y de los acreedores entre sí¹⁷¹. Así, se afirma que las características financieras que reducen los problemas de asimetría de la información y los conflictos de intereses, como son el mayor tamaño empresarial, que implica una

¹⁶⁸ El tamaño de las empresas analizadas se calcula en función del valor del total de activos de la empresa y del volumen de negocio. Vid., Sris CHATTERJEE, Upinder S. DHILLON and Gabriel G.RAMIREZ, “Resolution of financial distress..”, *op.cit.*, pág.9.

¹⁶⁹ Respecto a la estructura de capital, se analiza tanto el nivel de endeudamiento frente a los recursos propios como la proporción de deuda a largo plazo frente a la deuda a corto plazo y la naturaleza de la misma, esto es el nivel de deuda bancaria, comercial y pública. Vid., Sris CHATTERJEE, Upinder .S. DHILLON y Gabriel G.RAMIREZ, “Resolution of financial distress..”, *op.cit.*, pág.9.

¹⁷⁰ Los problemas de insolvencia pueden estar causados o bien por una crisis económica o bien por una crisis financiera. La primera existe al margen de la estructura del capital de la empresa, cuando, por ejemplo, una empresa no tiene éxito en el mercado. En cambio, la crisis financiera aparece cuando los ingresos de la empresa no son suficientes para hacer frente a la carga financiera que supone el endeudamiento. La crisis financiera sólo existe si la empresa tiene acreedores; si los acreedores desaparecen, el problema también lo hace. En cambio, en una crisis económica si se eliminan los acreedores el problema fundamental de la empresa persiste. Las empresas sujetas a un procedimiento concursal están sufriendo una crisis financiera, que puede ir acompañada o no de una crisis económica. Las empresas con una crisis financiera debido a una crisis económica son empresas ineficientes y lo mejor es liquidar su patrimonio para maximizarlo asignándolo a otro uso. Por otro lado, las empresas que sólo sufran una crisis financiera, sin crisis económica, son empresas eficientes y lo mejor es mantenerlas en funcionamiento. Sobre las diferencias entre ambos conceptos, vid. Douglas BAIRD, “Bankruptcy Uncontested Axioms”, *op.cit.*, pág.580-581, y Matthias KAHL, “Economic Distress, Financial Distress, and Dynamic Liquidation”, *J. Finance*, vol.57, núm.1, 2002, págs.135-168.

¹⁷¹ Vid., Keven YOST, “The Choice Among...”, *op.cit.*, págs.4-5.

mayor presencia de información disponible para el conjunto de acreedores debido a la mayor repercusión social de sus operaciones, y una elevada proporción de deuda bancaria, facilitan la adopción de acuerdos privados que pueden evitar la declaración de concurso¹⁷². Asimismo, la heterogeneidad de acreedores incide negativamente en la posibilidad de reestructurarse privadamente, en tanto en cuanto favorece los conflictos de interés entre ellos y la aparición de problemas de resistencia, que son mitigados por el procedimiento concursal. Estos conflictos de interés también surgen entre los administradores de la sociedad y los acreedores: cuanto menos control se ejerza sobre los primeros hay más posibilidades de usar el concurso estratégicamente y que los administradores soliciten el concurso no porque sea la solución menos costosa a sus problemas de solvencia sino porque sirva a sus intereses, siempre

¹⁷² Sobre el papel que juegan los bancos en la decisión de reestructuración no hay unanimidad en la doctrina analizada. Si bien la mayoría entiende que el endeudamiento bancario tiene un efecto favorable a la reestructuración privada, hay autores que consideran que la presencia considerable de deuda bancaria tiende a forzar la declaración de concurso. En este último posicionamiento se sitúan Paul ASQUITH, Robert GERTNER y David SCHARFSTEIN, “Anatomy of financial distress: an examination of junk-bond issuers”, QJE, vol.109, núm.3, 1994, págs.625-658. Según los autores, la garantía de la que gozan sus créditos, y que protege a los bancos en el procedimiento concursal, les hace propensos a forzar su inicio.

Si tenemos en cuenta que en la mayoría de casos los bancos tienen sus créditos garantizados, y en la medida en que el valor del bien sobre el que recae la garantía cubra íntegramente el importe de su crédito, aquellos no tienen ningún incentivo para aceptar la sujeción a un procedimiento concursal. No sólo no obtienen ninguna ventaja de una solución que maximice el valor del patrimonio del deudor, sino que además sufren los costes del procedimiento concursal, esto es los costes de no poder realizar el valor del bien objeto de garantía debido a la suspensión de las acciones que implica el inicio de un procedimiento concursal y los costes de pérdida o deterioro de la cosa objeto de la garantía. Vid, Josep-Oriol LLEBOT MAJÓ, *Las garantías en los procedimientos concursales*, Civitas, Madrid, 2000, págs.79-101.

Pero más allá del grado de protección proporcionada a los acreedores garantizados en el concurso y los costes del concurso que deberían soportar, las entidades bancarias son acreedores que disponen de información sobre la situación financiera y económica del deudor y de ser viable económicamente la actividad empresarial del deudor serán los acreedores mejor situados para suministrar nuevos fondos al deudor y poder beneficiarse de una reestructuración extrajudicial menos costosa.

y cuando la reorganización judicial les permita mantenerse en sus cargos y asumir riesgos cuyos costes recaerán sobre los acreedores. Finalmente, si el deudor todavía no presenta una situación de iliquidez está a tiempo de intentar negociar de forma extrajudicial con sus acreedores, de lo contrario los acreedores que empiecen a ver incumplidos sus contratos con el deudor acudirán a los tribunales para ejercer sus acciones contra el patrimonio del deudor o bien, aunque menos frecuentemente, solicitarán la declaración de concurso necesario. Cuando los problemas de solvencia del deudor no se limiten a cuestiones de liquidez sino que revistan mayor severidad, se requerirá una reorganización más compleja en sede judicial. Y si los problemas financieros esconden una crisis económica no sólo será necesario el procedimiento concursal sino que la vía a seguir será muy probablemente la de la liquidación del patrimonio del deudor.

3. La PAC y los convenios extrajudiciales

Tanto en la descripción inicial de la PAC como en el estudio posterior sobre las soluciones conservativas similares a la PAC presentes en el Derecho comparado y especialmente sobre los *prepackaged bankruptcy plans*, hemos advertido la presencia en ellos de rasgos propios de los acuerdos extrajudiciales, determinantes para que aquellas soluciones puedan cumplir la reducción de costes que se les atribuye. Es oportuno pues detenerse en el análisis de aquellos rasgos que comparten ambos tipos de acuerdos en el Derecho concursal español, por lo que iniciamos este apartado con un análisis sobre los convenios

extrajudiciales en general para seguir con la construcción de su relación con la PAC a la luz de las normas de la LC.

3.1. Los convenios extrajudiciales en general

En una situación de dificultades financieras, el deudor puede iniciar negociaciones con sus acreedores e intentar una reestructuración de su deuda de carácter voluntario, en uso de su libertad contractual, sin necesidad de recorrer a ningún procedimiento judicial. Estas negociaciones pueden llevar a las partes a la conclusión de un acuerdo que, mediante una modificación de las relaciones negociales originarias, resuelva las dificultades financieras del deudor y a la vez satisfaga a sus acreedores.

Estos acuerdos o convenios extrajudiciales, conocidos en la doctrina norteamericana como *workouts*, tienen plena naturaleza contractual y, por tanto, no tienen más limitaciones con respecto de su contenido que la ley, la moral y el orden público, establecidas en el art.1255 Cc. Estos pactos son una manifestación de la autonomía privada de las partes y su particularidad no es otra que la de su propósito, consistente en encontrar solución a los problemas financieros del deudor en interés de cada una de las partes. Así, puede pactarse el aplazamiento de la fecha de vencimiento de los créditos que los acreedores ostenten contra el deudor, en la medida que les interesa a aquellos facilitar la recuperación de éste y preservar unas relaciones comerciales beneficiosas para ellos. También debido a su naturaleza contractual, los convenios extrajudiciales sólo producen sus efectos sobre los acreedores que hayan prestado su

consentimiento (art.1257 Cc). Eso no significa que el deudor deba negociar necesariamente con todos y cada uno de sus acreedores. En muchos casos no será posible, ni tampoco necesario, contar con la participación de cada uno de los acreedores en las negociaciones, ya sea por su gran número o por la diversidad de sus intereses o porque sería ineficiente colaborar con acreedores a quienes se adeudan sólo pequeñas cantidades y que no cuentan con la experiencia y los conocimientos comerciales o la voluntad necesarios para una participación eficaz¹⁷³. En estos casos, las negociaciones se entablarán con los acreedores más importantes, generalmente las entidades de crédito, que estén dispuestos a llegar a un acuerdo de reestructuración con el deudor y a verse afectados por él, mientras que los acreedores comerciales y los pequeños acreedores cobrarán íntegramente sus créditos, de tal manera que las negociaciones se tornarán menos complejas y por tanto menos costosas¹⁷⁴. Por este motivo resulta clave para la eficacia de las negociaciones voluntarias extrajudiciales la existencia de un endeudamiento sustancial con un determinado grupo de acreedores, especialmente bancos e instituciones

¹⁷³ Respecto a la experiencia italiana, Guido ROSSI hace depender la posibilidad de plantear un convenio extrajudicial de la existencia de una clase de acreedores bien identificada en el ámbito del sistema bancario. Según el autor, la capacidad de resolver en vía extrajudicial la crisis financiera depende en gran medida no sólo de cuestiones de derecho societario o de derecho concursal, sino del ordenamiento crediticio. Vid., Guido ROSSI, “Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale”, Riv.Soc., marzo/junio 1996, págs.321-337.

¹⁷⁴ En este sentido, vid. Eduardo MONTULL LAVILLA, “Licitud del convenio concursal prejudicial”, RDP, núm.64, 1980, págs.996-1021. En relación al derecho concursal vigente, vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, RCP, núm.5, 2006, págs.25-64.

financieras¹⁷⁵. Esta circunstancia es especialmente relevante en el contexto económico español, y también europeo, donde la financiación bancaria es la fuente fundamental de recursos para las empresas, sobre todo para las PYMES, a diferencia de lo que sucede por ejemplo con respecto a las empresas norteamericanas, que tienen más fácil acceso a los mercados de capitales para obtener financiación¹⁷⁶.

3.2. El *Codice di comportamento* y el *London Approach*

En los últimos tiempos han surgido precisamente en el sector bancario unos códigos de conducta, fruto del uso reiterado en los negocios de prácticas favorables a la negociación extrajudicial como solución preferente a los procedimientos de insolvencia, aplicables en las negociaciones entre los deudores en situaciones de dificultades financieras y las entidades de crédito¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Vid., Carlos LÓPEZ GUTIÉRREZ, Begoña TORRE OLMO y Belén DÍAZ DÍAZ, “Características determinantes y contenido informativo...”, *op.cit.*, págs.114-115; Víctor Manuel GONZÁLEZ-MÉNDEZ y Francisco GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, “Procedimientos de resoluciones de insolvencia financiera en España...”, *op.cit.*, págs.371-373.

¹⁷⁶ Vid., Marta GARCÍA MANDALONIZ, *La financiación de las PYMES*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs.69-115.

¹⁷⁷ Aunque no podemos hablar propiamente de códigos de conducta como los que en este apartado tratamos, en España, los costes que genera a las entidades bancarias el concurso de sus prestatarios también han llevado a estas a buscar alternativas al concurso para resolver sus problemas de solvencia. En efecto, la declaración de concurso de los prestatarios de las entidades de crédito conlleva significativas consecuencias para estas últimas, puesto que se ven obligadas a dotar importantes provisiones para la cobertura del riesgo de crédito derivado de las operaciones realizadas con esos clientes y a incrementar los requerimientos de recursos propios, tal como establecen las Circulares del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, modificada por la Circular 3/2010, de 29 de junio) y 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. Por ello, las entidades y sus prestatarios tratan de alcanzar soluciones negociadas que permitan evitar el concurso de estos últimos. Entre estas posibles soluciones se encuentran la

No son normas jurídicas, sino prácticas generalmente reconocidas cuya utilización debería facilitar la reestructuración mediante negociaciones voluntarias, a las cuales se aplican las normas que rigen los contratos.

Estos códigos de conducta o directrices que rigen las negociaciones voluntarias de reestructuración del pasivo entre el deudor y sus acreedores ante problemas financieros en los que se adeuda un importe considerable a bancos y otras entidades de crédito han sido promocionadas desde diferentes foros institucionales en atención a las ventajas que puede reportar en determinadas condiciones respecto a un procedimiento concursal¹⁷⁸. En especial, este tipo de negociaciones han sido impulsadas por el sector bancario, como un medio rápido, discreto y poco costoso de reorganización empresarial. Entre los principios y directrices no vinculantes que el sector bancario ha concebido para potenciar el método de las negociaciones voluntarias sobre reestructuración como alternativa a los procedimientos concursales cabe destacar el *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa* impulsado por la banca italiana y el *London Approach* desarrollado en el Reino Unido¹⁷⁹.

prórroga o refinanciación de las operaciones y la aceptación de daciones en pago. Vid. Óscar MELÉNDEZ HUELIN, “La reforma contable del Banco de España en materia de provisiones y activos adjudicados”, ADConcursal, núm.23, 2011, págs.191-234.

¹⁷⁸ Hemos constatado anteriormente esta promoción de los convenios extrajudiciales desde organismos como el Fondo Monetario Internacional en *Orderly and Effective Insolvency Procedures...*, *op.cit.*, y el Banco Mundial en *Principios para sistemas efectivos de insolvencia...*, *op.cit.*

¹⁷⁹ No son éstos, sin embargo, los únicos. A aquellos siguieron, entre otros, las *Revised Guidelines on Corporate Debt Restructuring Mechanism* redactadas por el Banco de India en 2001 y revisadas en 2005, y la *Guideline for Multi-Creditor Out of Court Workouts* establecida por la Asociación Japonesa de Bancos Nacionales en 2001.

El *Codice di comportamento* aprobado por la Asociación Bancaria Italiana en 2000¹⁸⁰ fija las normas de conducta de bancos e intermediarios financieros para facilitar la consecución de acuerdos que permitan superar dificultades financieras reversibles de una empresa con un nivel de deuda bancaria o financiera igual o superior a 15.493.707 euros (art.2), en tanto que aquellos son sujetos determinantes en la solución de dichas dificultades¹⁸¹. Estas normas de conducta buscan asegurar la cooperación entre el deudor y los bancos partícipes en las negociaciones como medio necesario para resolver los problemas financieros del primero¹⁸². Las entidades que se adhieran al *Codice* se obligan a respetar su contenido, de manera que cuando un banco o entidad financiera adherida tenga noticias de una situación de dificultad financiera en un deudor que pueda hacer activar el procedimiento del *Codice*, puede proponer, con el consentimiento de la empresa, la convocatoria de una reunión con los demás bancos adheridos para tratar de encontrar una solución a esa situación de dificultad (art.3). Los bancos convocados están obligados a participar en la reunión, a facilitar la información sobre la situación crediticia del deudor y favorecer la circulación de la información relevante entre todos los sujetos interesados a fin de valorar la adhesión al plan de reorganización, a mantener la reserva necesaria sobre la convocatoria, a no utilizar la noticia de la

¹⁸⁰ Vid., Associazione Bancaria Italiana, *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa*, Bancaria Editrice, Roma, 2000.

¹⁸¹ Vid., Antonio AURICCHIO, “Article 182bis...”, *op.cit.*, págs.360-363, para quien el *Codice* refuerza la libertad contractual de las partes envueltas en una situación de crisis financiera.

¹⁸² Vid., Antonio AURICCHIO, *ibidem*.

convocatoria para modificar la propia posición crediticia respecto de la empresa y a decidir sobre la conveniencia de nombrar un comité restringido que valore la posibilidad de aprobar un plan de reestructuración (art.4). Cualquier controversia derivada de la interpretación del contenido del *Codice* y de posibles incumplimientos de las obligaciones por él impuestas deberá ser resuelta por un órgano formado por tres árbitros (art.9).

En la misma dirección apunta el *London Approach*, un conjunto de principios rectores de los acuerdos de reorganización extrajudiciales entre bancos y otros prestamistas por un lado y las empresas o grupos de empresas con dificultades financieras por otro impulsado por el Banco de Inglaterra. Este conjunto de principios tiene su origen en la recesión económica de los años 70 en Inglaterra y en especial en la crisis del sector bancario que aquella recesión acarreó y en la que el Banco de Inglaterra decidió intervenir coordinando las negociaciones entre entidades bancarias con préstamos pendientes de cobro a cargo de empresas en dificultades financieras y éstas para evitar los procedimientos de insolvencia ingleses, que conducían a menudo a liquidaciones innecesarias¹⁸³. Con el tiempo, la práctica de las negociaciones entre bancos y empresas supervisadas por el Banco de Inglaterra fue generando una serie de principios rectores que quedaron fijados en 1990 y que suministran desde entonces un marco informal para el desarrollo de aquellas negociaciones¹⁸⁴.

¹⁸³ Vid., John ARMOUR y Simon DEAKIN, “Norms in private insolvency procedures: the “London Approach” to the resolution of financial distress”, University of Cambridge, Working Paper, 2000.

¹⁸⁴ Ante el éxito de la aplicación en la práctica de los principios impulsados por el Banco de Inglaterra, éste decidió ceder el protagonismo a los propios participantes en

Siguiendo los principios del *London Approach*, las negociaciones para llegar a un acuerdo extrajudicial de reorganización se inician cuando el deudor comunica a sus bancos los problemas financieros por los que atraviesa y su voluntad de llegar a un acuerdo al margen de los tribunales. Los bancos acuerdan entre ellos una moratoria o suspensión de las acciones contra el deudor durante cierto periodo de tiempo, a lo largo de la cual no se ejecutará ninguna acción contra el deudor y se mantendrán las líneas de crédito, aportando nuevos fondos si es necesario. A esta nueva infusión de crédito se le concede carácter prioritario. Mientras tanto un equipo de contables investiga las finanzas de la empresa y sus resultados son utilizados para informar un proceso de toma de decisión colectiva sobre el destino de la empresa. Si la empresa es viable se orquestará una reestructuración financiera. Si resulta inviable, los bancos compartirán a *pro rata* las pérdidas en que hayan incurrido durante el tiempo de suspensión. Todo el proceso será liderado por un único banco, que generalmente será el mayor acreedor del deudor y que actuará como conductor de la información entre la empresa y los contables, por un lado, y las instituciones financieras, por otro. Además del banco líder, puede designarse también un *steering committee* o junta rectora, compuesta por el conjunto de bancos con mayor riesgo sobre el patrimonio del deudor. El proceso se desarrolla en secreto en cumplimiento de acuerdos de confidencialidad, para evitar los efectos negativos que puede tener la declaración pública de que el

los acuerdos de reestructuración financiera y en 1998 transfirió su papel de supervisor a la *Financial Services Authority*.

deudor está atravesando problemas financieros en los acreedores, trabajadores y clientes, así como el estigma en la reputación del deudor¹⁸⁵.

El objetivo del *London Approach* es evitar que a resultas de las disputas entre acreedores y de la toma de decisiones sin la información adecuada el deudor acabe en un proceso de liquidación siendo viable económicamente. En este sentido, se pretende reducir los costes de transacción creados en la renegociación de la deuda e incrementar así la cuota de satisfacción de los acreedores. La reducción de costes que persigue el *London Approach* se consigue a través de diferentes elementos. En primer lugar, la coordinación y centralización en la obtención de información. Una importante fuente de costes de transacción en la renegociación es la presencia de asimetrías de información entre el deudor y sus acreedores. Estos problemas se ven reducidos mediante el nombramiento de un banco que lidere el proceso. La consecuencia inmediata de esta coordinación es que los acreedores reciben mayor información y de mejor calidad sobre la situación económica del deudor, lo que asegura una toma de decisiones informada y eficiente sobre el patrimonio del deudor. En segundo lugar, la concesión de prioridad a los nuevos fondos aportados por los acreedores motiva claramente a colaborar con el deudor. En tercer lugar, la exigencia de unanimidad para luchar contra las estrategias de resistencia. Se exige el consentimiento de cada uno de los acreedores bancarios y cada banco sabe que es esencial para el éxito del acuerdo. Aunque es sabido que la exigencia de unanimidad crea costes de transacción en la medida que incentiva el

¹⁸⁵ Vid., Peter BRIERLEY y Gertjan VLIEGHE, “Corporate workouts, the London Approach and financial stability”, *Finan. Stability Rev.*, núm.7, 1999, págs.168-183.

problema de la resistencia por parte de los acreedores, las dinámicas del proceso de negociación del *London Approach* consiguen evitarlo. Y es que las amenazas que un acreedor puede hacer al deudor en el sentido de salirse de las negociaciones y acudir al concurso o simplemente ejecutar sus acciones individuales no son creíbles, en tanto en cuanto llevarlas a cabo supone una destrucción del exceso de valor global obtenido con la renegociación extrajudicial y por lo tanto una disminución también en la satisfacción del propio acreedor. El banco que estaría tentado a salirse de las negociaciones dispone de la información sobre el uso óptimo del patrimonio empresarial en cuestión y por lo tanto la mayor satisfacción que obtendrá si colabora, circunstancia que frena sus impulsos estratégicos. Además, este banco puede temer la represalia de la comunidad bancaria de excluirlo en futuros acuerdos beneficiosos. Con todo, el requisito de la unanimidad es un punto débil en las negociaciones que puede ser viable cuando se trata de un grupo pequeño de bancos pero no cuando el grupo de acreedores es mayor y más diverso, puesto que persistirán los conflictos de intereses¹⁸⁶.

3.3. Los convenios extrajudiciales y el concurso

Los acuerdos extrajudiciales son considerados, por las características que les son propias anteriormente analizadas, como una opción menos costosa y

¹⁸⁶ Vid., Vanessa FINCH, *Corporate Insolvency Law, op.cit.*, págs.218-229. Aparte de la unanimidad, en los últimos años, algunas nuevas tendencias económicas han influido restando eficacia a las normas del *London Approach*. Así, el desarrollo del mercado de deuda secundario, la presencia de acreedores extranjeros debido a la globalización de los mercados financieros y mayor diversidad en la naturaleza de los recursos financieros utilizados por los deudores han aumentado a su vez la complejidad de la estructura financiera del deudor y los conflictos de interés entre acreedores.

compleja que los convenios concursales¹⁸⁷. En tanto que solución al margen de los tribunales, los convenios extrajudiciales no acarrear los costes del procedimiento concursal. Por un lado, los costes directos son menores puesto que es inferior el tiempo consumido para llegar a un acuerdo entre el deudor y los acreedores, en la medida en que el deudor no necesita negociar con todos y cada uno de sus acreedores, sino sólo con aquellos con los que ya haya incumplido sus obligaciones si es el caso o con aquellos cuya posición es determinante a la hora de dar salida a su situación de crisis financiera y por ello también son menores los costes derivados de las actuaciones legales y profesionales¹⁸⁸. Por otro lado, los convenios extrajudiciales reducen también los costes indirectos del procedimiento concursal al evitar la pérdida de reputación derivada del conocimiento por parte del mercado de que el deudor ha solicitado la declaración de concurso, reducir los costes de oportunidad que supone un procedimiento concursal para los administradores del deudor y a interrumpir de forma menos acusada el curso normal de la actividad económica del deudor¹⁸⁹.

Son evidentes pues las ventajas que los convenios extrajudiciales pueden reportar a la hora de contribuir a la resolución de los problemas financieros del deudor. Sin embargo, no siempre se reunirán las condiciones necesarias para que resulten una alternativa menos costosa al procedimiento concursal que

¹⁸⁷ En nuestro Derecho, vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La reforma del Derecho concursal español”, *op.cit.*, págs.87-130.

¹⁸⁸ Vid., Stuart GILSON, “Managing default...”, *op.cit.*, pág.65.

¹⁸⁹ Vid. Stuart GILSON, *ibidem*.

incentive al acreedor racional a participar en negociaciones extrajudiciales. Esas condiciones consisten en que la renegociación extrajudicial cree un excedente en el sentido de que el acreedor perciba que los costes generados por la renegociación extrajudicial no superan los costes del procedimiento concursal y que dicho excedente sea repartido entre el conjunto de acreedores de manera que su satisfacción sea como mínimo la que obtendría en un procedimiento concursal.

La causa de que no siempre puedan cumplirse las condiciones mencionadas reside principalmente en la existencia de costes de transacción que impiden a los acreedores saber cuál es el uso óptimo del patrimonio del deudor que maximice la satisfacción de los intereses de las partes y llegar a un acuerdo sobre la cuota de satisfacción que corresponde a cada acreedor. Como ya ha sido expuesto sólidamente por numerosos autores¹⁹⁰, el deudor y los acreedores que participan en una negociación privada de reorganización se ven envueltos en una situación conocida como el dilema del prisionero, en la que la conducta racional individual de cada una de las partes implicadas persiguiendo maximizar la satisfacción de los propios intereses conduce a un resultado peor para el conjunto de acreedores que el que se obtendría con una conducta cooperativa entre ellos¹⁹¹. Esta conducta racional de los acreedores que les lleva a una satisfacción menor que la que recibirían de cooperar entre ellos viene provocada por la existencia de costes de transacción (costes de información, de

¹⁹⁰ Vid. por todos, Thomas JACKSON, *The logic and limits...*, *op.cit.*, págs.7-19. En nuestro Derecho, vid. por todos Joaquim BISBAL MENDÉNZ, “La insoportable levedad...”, *op.cit.*, págs.846-847.

¹⁹¹ Vid., Thomas JACKSON, *The logic and limits...*, *op.cit.*, págs.7-19.

negociación y de ejecución de lo acordado), que impiden a los acreedores conocer el empleo alternativo de los recursos del deudor que maximice su valor: que continúen bajo titularidad del deudor, que lo empleen terceros, los propios acreedores, etc¹⁹². Esta situación se agrava cuanto más severos sean los problemas financieros del deudor, puesto que si la empresa aún es solvente, las normas que rijan las relaciones contractuales con sus acreedores harán que éstos cobren siguiendo el orden de prioridad establecido¹⁹³. Pero además de los costes de transacción, en las negociaciones por llegar a un acuerdo extrajudicial puede surgir un obstáculo adicional: el problema de la resistencia, que ya hemos descrito en relación a la función de los *prepackaged bankruptcy plans*, en que uno o varios acreedores rechazan el acuerdo privado de reestructuración que afecta a sus créditos, aunque éste sea beneficioso para los acreedores colectivamente considerados, si no obtienen una cuota de satisfacción más elevada que la propuesta inicialmente. De esta manera, el acreedor que adopta esta conducta puede amenazar con salirse de las negociaciones y recurrir al ejercicio de sus acciones individuales o bien solicitar la declaración de concurso, frustrando así cualquier expectativa de reestructuración privada de la deuda. Si son varios los acreedores que actúan así, el número de acreedores dispuestos a negociar puede resultar insuficiente. Es claro además que cuantos más acreedores tenga el deudor, más posibilidades hay de que alguno rechace formar parte del convenio extrajudicial. La diversidad y pluralidad de los acreedores y

¹⁹² Vid., Joaquim BISBAL MENDÉNZ, “La insoportable levedad...”, *op.cit.*, págs.846-847.

¹⁹³ La doctrina norteamericana sustituye el modelo del dilema del prisionero por el del caladero común (*common pool*) para incorporar el hecho de que los acreedores afectados saben que pueden contar alternativamente con la ejecución individual y la colectiva. Vid., Thomas JACKSON, *The logic and limits...*, *op.cit.*, págs.7-19.

la complejidad de la estructura del capital empresarial potencian estos conflictos de intereses¹⁹⁴.

El procedimiento concursal es el mecanismo que puede reducir los costes de transacción y el problema de la resistencia que aparecen en sede extrajudicial, al forzar la cooperación entre las partes mediante la norma estructural del Derecho concursal que representa la suspensión automática de las acciones ejecutivas que los acreedores ostentan contra el patrimonio del deudor y permitirles alcanzar la solución racional que adoptarían *ex ante* si tuviesen que negociar la manera de satisfacer sus créditos en caso de insolvencia. Esta solución colectiva que representa el Derecho concursal reduce las asimetrías de información permitiendo a los acreedores contrastar el valor de liquidación del patrimonio del deudor con el valor de la empresa en funcionamiento y elegir la opción que maximice dicho valor, cosa que no permite un sistema de ejecuciones individuales que conduce inexorablemente a la liquidación.

3.4. Los convenios extrajudiciales en la LC

La exposición de los rasgos fundamentales de los convenios extrajudiciales así como de su utilización en determinados contextos económicos nos permite valorarlos como una solución a los problemas de solvencia del deudor favorable no sólo para el propio deudor sino también para sus acreedores. Se trata por lo tanto de un instrumento adicional al procedimiento concursal que merece ser facilitado o promovido por la propia legislación concursal.

¹⁹⁴ Vid., Stuart C. GILSON, “Managing default...”, *op.cit.*, pág.66.

En lo que al Derecho concursal español se refiere, la LC no contiene, en su redacción originaria, ninguna regulación expresa en relación a los convenios extrajudiciales¹⁹⁵. Ello no obstante, sí contiene normas que influyen de alguna manera en la elección de los acuerdos extrajudiciales como solución a los problemas de solvencia del deudor. Estas normas son principalmente las relativas al deber de solicitar el concurso (art.5 LC) y al ámbito de aplicación de las acciones revocatorias (art.71 LC), normas que precisamente han sido objeto de reforma mediante el Real Decreto-ley 3/2009 con el objetivo de *generar incentivos para evitar el concurso mediante una refinanciación de las empresas con el apoyo de sus acreedores*¹⁹⁶ y por la Ley 38/2011, que *profundiza en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis*¹⁹⁷.

El art.5 LC, en la redacción anterior al Real Decreto-ley 3/2009, imponía al deudor el deber de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde que

¹⁹⁵ A nivel doctrinal, algunos autores consideran acertada la opción de la LC, en la medida en que deja cierto margen a la autonomía de las partes fuera del concurso. En este sentido, Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en Rafael GARCÍA VILLAVARDE, Alberto ALONSO UREBA y Juana PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Derecho Concursal.*, *op.cit.*, págs.435-485. Por el contrario, existen autores que desaconsejan la solución extrajudicial, por vulnerar el principio de equidad entre los acreedores. En esta línea, Vid., Isabel CANDELARIO MACÍAS, *El convenio de continuación...*, *op.cit.*, págs.263-266, y José Miguel GUILLÉN SORIA, *El convenio en las suspensiones de pagos*, *op.cit.*, pág.6.

¹⁹⁶ Vid., párrafo décimo, del Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2009.

¹⁹⁷ Vid., apartado III, párrafo primero, del Preámbulo de la Ley 38/2011.

tuviera conocimiento de su situación de insolvencia y establecía la presunción *iuris et de iure* según la cual el deudor la conoce cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario, conforme al art.2.4 LC (art.5.2 LC). La sanción que se imponía al deudor por el incumplimiento de este deber era la presunción *iuris tantum* de la existencia de dolo o culpa grave en relación a la calificación del concurso y las consecuencias derivadas de calificar el concurso como culpable, esto es la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período (arts.165.1º y 172.2.2º LC)¹⁹⁸. No cabe duda de que el deber de solicitar la declaración de concurso afectaba negativamente a los convenios extrajudiciales, puesto que al poner un límite temporal a la negociación extrajudicial reducía las posibilidades de llegar a acuerdos mejores fuera del concurso. Si añadimos el incentivo que la LC incorpora en su art.91.7 LC al considerar como créditos con privilegio general aquellos de que sea titular el acreedor que solicite la declaración de concurso y que no tenga el carácter de subordinado, hasta el cincuenta por ciento de su importe, la posición negociadora del deudor ante los acreedores fuera del concurso puede quedar debilitada en función de la magnitud de sus problemas de solvencia. Si ya ha incurrido en el incumplimiento de alguna obligación, aunque no de forma generalizada (art.2.4 LC), el deudor dispone de poco tiempo para negociar

¹⁹⁸ Antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009 existía otra sanción, que consistía en prohibir al deudor presentar una PAC (art.105.1.6 LC). Aunque las prohibiciones para presentar una PAC serán analizadas en detalle en el siguiente Capítulo, en este contexto ya podemos valorar la supresión de la prohibición que impedía presentar una PAC a los deudores que hubiesen incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso como positiva en aras a favorecer el uso de la PAC, en la medida en que facilita el cumplimiento de los requisitos subjetivos exigidos para su presentación.

extrajudicialmente con sus acreedores, bajo la amenaza de la solicitud de concurso necesario y sus efectos (art.40 LC). De manera que claramente la norma del art.5 LC incidía negativamente en la consecución de acuerdos extrajudiciales.

En un intento de potenciar los acuerdos extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores, el Real Decreto-ley 3/2009 introducía un nuevo apartado 3 en el art.5 LC, en virtud del cual el deber de solicitar la declaración de concurso no era exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, hubiese iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una PAC y dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia lo pusiese en conocimiento del juzgado competente. Transcurridos tres meses desde esta comunicación al juzgado, el deudor debía solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente. De esta manera, el plazo de dos meses que preveía inicialmente el art.5 LC para cumplir el deber de solicitar la declaración de concurso se ampliaba hasta los seis meses si el deudor estaba en negociaciones con sus acreedores¹⁹⁹.

En la práctica esta norma había generado problemas de interpretación, que analizaremos con más detalle en el último Capítulo²⁰⁰, los cuales, junto a la necesidad de incluir las negociaciones para un acuerdo de refinanciación dentro del ámbito de aplicación de esta norma que suspende el deber de solicitar el

¹⁹⁹ Con la introducción de este nuevo plazo para presentar la solicitud de declaración de concurso, se advierten las similitudes que la PAC presenta con otros institutos concursales analizados, como el procedimiento de conciliación extrajudicial portuguesa. Vid. *supra*, págs.86-88.

²⁰⁰ Vid. *infra*, págs.428-438.

concurso, llevaron al legislador, mediante la reforma de la LC operada por la Ley 38/2011, a suprimir aquel tercer apartado del art.5 LC e introducir un art.5 bis que, si bien da una nueva redacción a la norma que resuelve los problemas interpretativos surgidos, mantiene en lo sustancial la posibilidad de que no sea exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario a aquel deudor que comunique al juzgado el inicio de negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones para una PAC en cualquier momento antes del vencimiento de los dos meses. Igualmente, transcurridos tres meses des de la comunicación al juzgado, el deudor, haya alcanzado o no las adhesiones para la PAC, debe solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia. No parece, sin embargo, que esta ampliación del plazo para cumplir el deber de solicitar la declaración de concurso llegue a cumplir el propósito del legislador, puesto que difícilmente un deudor en situación de insolvencia que no haya llegado a un acuerdo con sus acreedores en dos meses lo haga en seis sin poner en peligro la conservación del valor de su patrimonio. En este sentido, aunque el art.5 bis LC persiga promocionar la conclusión de acuerdos extrajudiciales, no sirve a la finalidad de anticipar la declaración de concurso y evitar, de esta manera, la pérdida de valor del patrimonio del deudor.

La otra norma que influía desfavorablemente en la posibilidad de concluir acuerdos extrajudiciales era la relativa a las acciones de reintegración prevista en el art.71 LC, según el cual son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha

de la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta. Los actos de disposición a título gratuito que excedan de las liberalidades de uso y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso se presumen *iuris et de iure* perjudiciales para la masa, mientras que los actos de disposición a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de nuevas contraídas en sustitución de aquellas se presumen *iuris tantum* perjudiciales. Finalmente, cuando se trate de actos no comprendidos en los supuestos mencionados, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción de reintegración. Esta norma supone sin duda un desincentivo claro a concluir un acuerdo fuera del concurso, ante la posibilidad de que se acabe solicitando el concurso y que lo acordado en sede extrajudicial sea atacado mediante las acciones de reintegración²⁰¹.

Para evitar la impredecibilidad que una norma como el art.71 LC puede generar y con el propósito de favorecer las negociaciones extrajudiciales, otros ordenamientos han optado por excluir del ámbito de aplicación de las acciones revocatorias de un procedimiento concursal los actos realizados para dar solución, fuera de los tribunales, a los problemas de solvencia del deudor. En este sentido, cabe citar el art.67.3 de la *Legge Fallimentare* en redacción según la reforma de 2005, según el cual la acción revocatoria será inaplicable respecto a aquellos actos, pagos y garantías concedidos sobre bienes del deudor, cuando

²⁰¹ Vid., Juan PULGAR EZQUERRA, “Licitud y temporalidad...”, *op.cit*, pág.60.

hayan sido realizados de forma idónea para conseguir el saneamiento de la empresa y asegurar el equilibrio de su situación financiera, en clara línea de promocionar los procedimientos de composición negocial de la crisis de empresa²⁰². También el art.121 de la Ley de Concursos y Quiebras argentina, que declara inaplicables las reglas sobre la ineficacia de actos realizados en periodo de sospecha a aquellos actos otorgados durante un concordato preventivo.

Es precisamente la no sujeción de los acuerdos de refinanciación que reúnan determinadas condiciones a las acciones de reintegración del art.71 LC la medida que introdujo el Real Decreto-ley 3/2009 para favorecer las negociaciones extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores que faciliten la concesión de crédito a favor del deudor, que, a su vez, posibilite la continuación de su actividad²⁰³. Se entienden por actos de refinanciación aquellos acuerdos alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, mediante prórroga del plazo de vencimiento o mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas²⁰⁴. Se trata de

²⁰² Vid., Sido BONFATTI, “El desarrollo de la reforma de la Ley de Quiebra en Italia y la disciplina de los procedimientos de composición negocial de la crisis de empresa”, RCP, núm.3, 2005, págs.365-377.

²⁰³ Vid. Manuel OLIVENCIA RUIZ, “El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación”, RCP, núm.13, 2010, págs.19-26.

²⁰⁴ La introducción de los acuerdos de refinanciación por parte del Real Decreto-ley 3/2009 ha suscitado un gran interés en la doctrina. Para un análisis de los acuerdos de refinanciación, vid. Eduardo AZNAR GINER, *Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; Luís FERNÁNDEZ DEL POZO, *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad. 4ª LC) Propuesta de reforma legislativa*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010; Luís

actos que de no existir esta norma que los declara no sujetos serían rescindibles por ser perjudiciales para la masa según el art.71.3 LC pero que por otro lado entran dentro de la normalidad de la práctica comercial y pueden *facilitar la refinanciación de las empresas que atraviesen dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia*²⁰⁵. La Ley 38/2011 incide nuevamente sobre el régimen de este tipo de acuerdos, con la intención de promocionarlos. Así, la Disposición Adicional Cuarta prevé la homologación judicial de tales acuerdos, que permite extender sus efectos a los acreedores disidentes.

Sin embargo, deben existir cautelas para impedir que la norma de no sujeción de los acuerdos de refinanciación a las acciones de reintegración se aplique a acuerdos que, lejos de ayudar al deudor a superar sus problemas financieros, permitan a los acreedores que participan en los acuerdos de refinanciación quedarse con los activos del deudor fuera del procedimiento y reduzcan las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios, de manera que de iniciarse el procedimiento concursal los acreedores ordinarios no puedan ya optar por

FERNÁNDEZ DEL POZO, “Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los “acuerdos de refinanciación”: el expediente registral preconcursal”, ADConcursal, núm.21, 2010, págs.9-80; Manuel GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ y Luis ENRIQUE RODRÍGUEZ, “Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal”, ADConcursal, núm.20, 2010, págs.587-598; Enrique PIÑEL LÓPEZ, “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”, RCP, núm.11, 2009, págs.35-44; Juana PULGAR EZQUERRA, “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”, RCP, núm.14, 2011, págs.25-40; Juana PULGAR EZQUERRA, “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art.5.3 LC en el marco del RDL 3/2009”, RCP, núm.11, 2009, págs.45-58; Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Refinanciación y reintegración concursal”, ADConcursal, núm.20, 2010, págs.9-38; Ángel VALERO, “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”, ADConcursal, núm.22, 2011, págs.207-239.

²⁰⁵ Vid., párrafo sexto, del Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2009.

aquella solución que hubiese maximizado el valor del patrimonio del deudor y por ende su satisfacción, al no poderse reintegrar a la masa activa bienes esenciales para la continuidad de la actividad empresarial del deudor en caso de ser dicha continuidad el uso óptimo. Para evitar que este riesgo se consume, los acuerdos de refinanciación habrán de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y medio plazo, además de reunir las siguientes condiciones: a) que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación; b) que el acuerdo sea informado por un experto independiente que valore la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, el carácter razonable y realizable del plan, así como la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de concluir el acuerdo; y c) que el acuerdo se formalice en instrumento público (art.71.6 LC)²⁰⁶.

²⁰⁶ La doctrina había advertido los beneficios de vincular los acuerdos de refinanciación a una PAC, de manera que aquellos se presentasen como el contenido de una PAC. Así, según Javier GUTIÉRREZ GILSANZ, la opción de que la PAC contuviese un acuerdo de refinanciación presentaba indudables ventajas, particularmente en aquellas situaciones en las que la refinanciación resultase especialmente compleja o incierta por las condiciones económico-financieras en las que el deudor pudiera encontrarse. Vincular la refinanciación a la aprobación de una PAC permitía eludir, según el autor, buena parte de los riesgos que derivarían de que, finalmente, dicha refinanciación fracasara y fuera declarado el concurso de acreedores, especialmente, el de rescisión concursal y los que pudieran presentarse en sede de calificación. Sin embargo, este autor alertaba a su vez de los inconvenientes de este tipo de acuerdo: el no evitar la declaración de concurso y la estigmatización social consiguiente, y además que los acreedores profesionales habrían de cumplir con los especiales deberes de provisión vinculados a la apertura del procedimiento concursal. Vid., Javier GUTIÉRREZ GILSANZ, “La comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”, RDM, núm.276, 2010, págs.645-684.

Por su parte, FERNÁNDEZ SEIJÓ consideraba que en un escenario ideal un correcto proceso de refinanciación debía concluir con una PAC que acompañada de la solicitud de concurso habilitara al deudor y a los acreedores un espacio más seguro y con mayores garantías incluso a las operaciones más complejas. Vid. José María

3.5. La PAC como medio de judicialización de los convenios preconcursales

A pesar de que se ha criticado la opción del legislador de dejar al margen de la LC los convenios extrajudiciales²⁰⁷ y que, como acabamos de ver, inicialmente algunas normas desincentivaban la conclusión de acuerdos extrajudiciales, la ausencia de referencia explícita a los convenios extrajudiciales en la LC no significa que el legislador sea ajeno a los beneficios que puede generar la extrajudicialidad, y no los haya tenido en cuenta de alguna manera, pues, precisamente, en la línea de capturar en el concurso los beneficios de la extrajudicialidad, y además de los incentivos introducidos por las sucesivas reformas de la LC, ésta incorpora la figura de la PAC convirtiéndola en un medio de judicialización de convenios extrajudiciales o preconcursales²⁰⁸. Al igual que

FERNÁNDEZ SEIJÓ, “Los acuerdos extrajudiciales de refinanciación empresarial y la declaración de concurso, en José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs.43-71.

Con todo, la posibilidad de homologar los acuerdos de refinanciación introducida por la Ley 38/2011 en la nueva redacción que da a la Disposición Adicional Cuarta hace innecesaria, además de improbable, esta vinculación entre la PAC y los acuerdos de refinanciación. Si bien no puede negarse que la PAC pueda contener otros acuerdos de refinanciación, por ejemplo acuerdos que no cumplan con las condiciones del art.71.6 LC (vgr., falta del informe del experto independiente) o que no hayan conseguido el apoyo requerido para su homologación, parece remota la posibilidad de que la PAC incorpore un acuerdo de refinanciación que no haya obtenido el apoyo de los acreedores que deberían refinanciar al deudor, pues parece probable que los acreedores que hayan negado el apoyo al acuerdo de refinanciación también nieguen el apoyo a la PAC que lo incorpore.

²⁰⁷ Se muestra crítico con la opción del legislador, Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La reforma del Derecho concursal espanyol”, *op.cit.*, págs.88-130.

²⁰⁸ Nos pone sobre la pista al respecto el profesor Manuel OLIVENCIA en comparecencia ante el Congreso de los Diputados el 29 de octubre de 2002, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, año 2002, VII Legislatura, nº 604, pág.19730. Entienden también la PAC como cauce adecuado para

los *prepackaged bankruptcy plans* norteamericanos, la PAC es una figura híbrida, a medio camino entre el convenio preconcursal y el convenio concursal, y que pretende aglutinar las virtudes de ambas soluciones.

Para comprender el alcance de esta caracterización de la PAC, es necesario determinar y describir la realidad en que la PAC debería desplegar toda su funcionalidad, teniendo en cuenta que al igual que sucede en el caso de los convenios extrajudiciales y de los *prepackaged bankruptcy plans*, la PAC no siempre será una solución viable para cualquier situación de insolvencia del deudor. Para ello debemos situarnos en el escenario de las negociaciones voluntarias entre el deudor y sus acreedores para dar salida a los problemas financieros que aquél pueda padecer y en las que surgen impedimentos que obstaculizan la conclusión de un acuerdo extrajudicial.

Como hemos constatado en el apartado anterior, uno de estos impedimentos es el problema de la resistencia. En general, las razones que llevan al acreedor de un deudor con problemas financieros a salirse de las negociaciones voluntarias privadas se reducen a dos: el desacuerdo sobre el valor del patrimonio del deudor y el desacuerdo respecto al reparto del mayor valor que supone el

sancionar legalmente convenios extrajudiciales Jesús BORES SÁIZ, J., “La nueva Ley concursal y las soluciones extrajudiciales...”, *op.cit.*, págs.4473-4481; María ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, *op.cit.*, págs.190-204; Juan M. FONT SERVERA, “La propuesta anticipada de convenio”, *op.cit.*, págs.149-168; Juana PULGAR EZQUERRA, “Licitud y temporalidad...”, *op.cit.*, esp.págs.51-53; Marta ZABALETA DÍAZ, *El principio de conservación...*, *op.cit.*, esp.págs.235-237.

acuerdo extrajudicial en relación al procedimiento concursal²⁰⁹. Respecto a la primera de las razones, el desacuerdo sobre el valor del patrimonio del deudor viene provocado por la existencia de asimetrías informativas entre los acreedores²¹⁰. Los acreedores del deudor peor informados desconocen si la oferta que les propone el deudor es la que maximiza su satisfacción individual, de manera que preferirán recurrir a un procedimiento judicial como el concurso que le proporcionará la información que necesita para tomar una decisión sobre el uso que debe darse al patrimonio del deudor. Respecto a la segunda de las razones, el desacuerdo sobre el reparto del valor del patrimonio del concursado, implica la existencia de un acuerdo respecto al destino que debe darse al patrimonio del deudor pero no sobre cómo distribuir entre cada uno de los acreedores el mayor valor que la conclusión de un acuerdo extrajudicial obtiene del patrimonio del deudor en comparación al que se obtendría en un procedimiento concursal, desacuerdo provocado por la exigencia de unanimidad para la conclusión de aquel acuerdo.

La mayor contribución de la PAC reside precisamente en que puede servir para aliviar el problema de la resistencia que impide la consecución de una reorganización privada a la vez que mantiene muchas de las ventajas de los acuerdos extrajudiciales. Respecto a la primera estrategia, la PAC reduce los costes de información que aparecen en sede extrajudicial aportando la

²⁰⁹ Vid., Mark ROE, “The voting prohibition in bond workouts”, en Jagdeep S. BHANDARI y Lawrence A. WEISS, *Corporate Bankruptcy*, *op.cit.*, págs.415-433., esp.417-418.

²¹⁰ Vid., Stuart C. GILSON, Kose JOHN, Larry H. P. LANG, “Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganization of firms in default”, en Edward I. ALTMAN, *Bankruptcy and Distressed Restructurings*, *op.cit.*, págs.77-124.

información relevante sobre el patrimonio del deudor y decisiva para decidir sobre el uso que maximiza su valor. El sistema de información sobre el que se construye el régimen de la PAC gira, como veremos más adelante con más detalle, alrededor del sistema de publicidad del procedimiento concursal recogido en los arts.23 y 24 LC, del informe de la administración concursal previsto en el art.107 LC y, especialmente, de las prohibiciones que recaen sobre el deudor que quiera presentar una PAC establecidas en el art.105 LC.

El remedio que aporta la PAC, y el convenio concursal en general, respecto a la segunda estrategia es el de permitir la aceptación del convenio cuando éste reúna la adhesión o voto favorable de la mayoría del pasivo ordinario del deudor, de manera que puede ser aprobado sin que concurra el consentimiento de todos los acreedores del deudor. Esta regla de la mayoría es necesaria, como ya hemos comentado en el apartado sobre la naturaleza jurídica de la PAC, para resolver el problema de acción colectiva que aparece ante una situación de insolvencia del deudor. La garantía para los acreedores disidentes que se ven obligados a acatar el contenido del convenio aprobado por la mayoría es que esa es la solución que maximiza su satisfacción personal en tanto que es la solución que maximiza el valor del patrimonio del deudor y que debería ser equivalente como mínimo a la que obtendría de la liquidación²¹¹. Sin embargo, no existe en la LC una norma semejante a la del *cram-down* del *Bankruptcy Code*, del *Obstruktionsverbot* de la *Insolvenzordnung* o del *giudizio di omologazione* de

²¹¹ Garantía que en último término corresponde al control del juez del concurso proteger. En este sentido, vid. Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, *op.cit.*, pág.533.

la *Legge Fallimentare* que evite el riesgo de que un número determinado de acreedores rechace el convenio cuando esa sea la solución que maximiza el patrimonio del deudor. El resultado al que puede llevar la inexistencia de tal norma no queda, pues, justificado en atención a la función del concurso y resta consistencia al régimen jurídico del convenio concursal con las finalidades que le atribuye el legislador.

Además de reducir las asimetrías informativas y el problema de resistencia que aparecen en sede extrajudicial, la LC, en el art.106, reconoce como válidas las adhesiones emitidas fuera del concurso, puesto que exige que la PAC vaya acompañada en el momento de su presentación de la adhesión de una quinta o décima parte del pasivo. De esta manera, el deudor puede entablar negociaciones extrajudicialmente con sus acreedores y, si fracasa a la hora de concluir un acuerdo con todos ellos, puede aprovechar el tiempo y recursos invertidos en el proceso negociador con sus acreedores para convertir el acuerdo alcanzado con sólo algunos de ellos en una PAC. En este sentido, la PAC se convierte en un medio para judicializar convenios extrajudiciales²¹².

Ahora bien, para que la PAC pueda convertirse en un medio de judicialización de convenios extrajudiciales, actuando como remedio al problema de la resistencia a un coste menor que el de una propuesta ordinaria, es necesario que

²¹² Vid. Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Las reformas del art.5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición Adicional Cuarta de la misma: ¿la figura del precurso?” en AAVV, *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Ed. Reus, Madrid, 2010, págs.167-181, quien opina que al amparo del régimen de la PAC y de los acuerdos de refinanciación, *se puede entrar en el concurso con la certeza de un plan de viabilidad aprobado en sede extrajudicial y con la certeza de la aprobación del convenio en un tiempo relativamente corto.*

concurran ciertas condiciones. La condición fundamental es que el deudor no debe necesitar las ventajas que podría obtener por la vía judicial, tales como la paralización automática de las acciones contra su patrimonio o la facultad de rechazar las deudas particularmente onerosas, situación que coincide con la de insolvencia inminente. Otro elemento importante es que una fracción considerable de la deuda de la empresa se haya contraído con un reducido número de acreedores, sobre todo bancos o instituciones financieras, que estén dispuestos a colaborar con el deudor y a mostrar su apoyo a la propuesta de convenio que se presente. En tercer lugar, la heterogeneidad de los acreedores no ha de ser tan acentuada que exija una reestructuración compleja de la deuda y por lo tanto mayor inversión de tiempo en su resolución. Por otro lado, cierto riesgo de resistencia debe existir que justifique la intervención del procedimiento concursal. Esta estrategia de resistencia puede provenir de los acreedores peor informados, por ejemplo los acreedores comerciales. Suele ser habitual que en las negociaciones voluntarias de reestructuración se siga pagando, en el curso ordinario de los negocios, a los acreedores comerciales, de manera que no es necesario que participen en las negociaciones de reorganización ni probable que tengan nada que objetar a la reorganización propuesta, pero si el acuerdo proyectado afecta los derechos de estos acreedores, pueden surgir conductas estratégicas que hagan necesario el inicio de un procedimiento concursal.

4. Uso estratégico de la PAC en relación a la insolvencia inminente como presupuesto objetivo del concurso

Ciertamente el uso de la PAC como culminación judicial de convenios extrajudiciales cambia las dinámicas tradicionales del procedimiento concursal, consistentes en proporcionar un foro donde el deudor negocia con sus acreedores sobre el uso futuro de su patrimonio²¹³. Ello no obstante, en esta nueva dinámica, el procedimiento concursal puede seguir cumpliendo su función de reducir los costes de transacción creados fuera del concurso y de maximizar el valor del patrimonio del deudor.

Esta nueva situación, sin embargo, no está exenta de riesgos. Y es que pueden surgir usos estratégicos de la PAC al amparo de la insolvencia inminente del deudor como presupuesto objetivo del concurso. El concepto de insolvencia inminente es poco claro y contiene un componente de pronóstico que dificulta su acreditación²¹⁴. Estos rasgos pueden dar pie a que el deudor haga un uso estratégico de la PAC: el deudor podría utilizar la PAC no para evitar el deterioro de su situación patrimonial sino para trasladar a los acreedores su propio riesgo empresarial sin estar en estado de insolvencia, alegando que se encuentra en situación de insolvencia inminente²¹⁵. Si el deudor solicita el

²¹³ En este sentido, vid. Douglas BAIRD y Robert RASMUSSEN, “Chapter 11 at Twilight”, *Stan. L. Rev.*, vol.56, núm.3, 2003, págs.673-699.

²¹⁴ Vid., Fernando CERDÁ ALBERO, “El presupuesto objetivo del concurso”, *RJC*, núm.4, 2004, págs.989-1016.

²¹⁵ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “La prevención de las crisis económicas de las sociedades de capital en la reforma del Derecho concursal español”, en AAVV, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo*, *op.cit.*, págs.223-264.

concurso sin cumplir con el presupuesto objetivo exigido para ser declarado en concurso, son los acreedores los que sufren los efectos y los costes de la declaración de concurso (arts.55, 56 y 59 LC)²¹⁶. Así, la posibilidad de resolver contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una de las partes o de mantener el cumplimiento de un contrato aunque exista causa de resolución, siempre en atención al interés del concurso, prevista en los arts.61 y 62 LC respectivamente, puede impulsar al deudor a utilizar el concurso estratégicamente, con la única intencionalidad de deshacerse de contratos demasiado onerosos o, al revés, de mantener relaciones contractuales claramente beneficiosas.

El coste de este uso estratégico recae no en la contraparte del contrato afectado por la resolución o por el mantenimiento del cumplimiento, puesto que la indemnización que haya de satisfacerse en caso de resolución o las prestaciones debidas en caso de mantenimiento del cumplimiento del contrato, se realizarán con cargo a la masa, sino en el resto de acreedores ordinarios. Lo mismo sucede con la posibilidad de rehabilitar préstamos o créditos (art.68 LC), contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art.69 LC), de enervar el desahucio en arrendamientos urbanos (art.70 LC). Por último, algo parecido acontece con la facultad que el art.65 LC otorga al juez de extinguir contratos del personal de alta dirección. En este caso, es el personal de alta dirección quien soporta los

²¹⁶ Es de esta opinión Josep Oriol LLEBOT MAJÓ, que cree necesario poner límites a la facultad de presentar una PAC para evitar que se produzca un uso estratégico de la misma que impute los costes del concurso a los acreedores para solucionar situaciones cuya solución debe producirse en otros ámbitos. Vid., Josep Oriol LLEBOT MAJÓ, “Dret Concursal”, en Joaquim BISBAL MÉNDEZ (coord.), *Dret Mercantil I*, UOC, Barcelona, 2004, págs.19-20.

costes antes mencionados, en cuanto el juez podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato. El riesgo de la imposición en costas en caso de desestimación de la solicitud de concurso (art.20 LC) puede no ser estímulo suficiente si los beneficios que espera obtener el deudor son superiores.

Ante la posibilidad de este uso estratégico por parte del deudor, se ha de hacer un esfuerzo para delimitar el contenido del concepto de insolvencia inminente que lo evite. No ha de bastar con que el deudor manifieste que existe un riesgo de estar en situación de insolvencia actual a corto plazo (art.6.1 LC). Se ha de construir un límite material a la aceptación de la solicitud de declaración de concurso cuando el presupuesto objetivo en el que se funde sea la insolvencia inminente que marque la frontera entre la situación de insolvencia inminente y la de solvencia²¹⁷. Este límite debe construirse sobre la base de la determinación de la situación a la que trata de dar cobertura el concepto de insolvencia inminente. Esta situación es aquella en que el deudor goza de suficiente liquidez

²¹⁷ La jurisprudencia también ha llevado a cabo esta tarea. Al respecto, la SAP Girona (sección 1ª) de 30 de abril de 2009, afirma que *no se trata de un estado psicológico del deudor que insta el concurso sino que debe, amén de justificar un determinado endeudamiento, hacerlo con la realidad de dicha previsión, es decir, que el déficit de liquidez y crédito se traducirá verosímelmente en ausencia de liquidez y crédito. Se coloca pues la insolvencia en un momento de pronóstico, desde la insuficiencia económica, sobre la incapacidad de cumplimiento*. Por su parte, el AJM núm. 2 de Bilbao de 17 de febrero de 2006 establece que *los factores que pueden ser utilizados para fundar la autoprevisión de insolvencia son la importancia del sobreendeudamiento, el desfase entre la liquidez del activo y la exigibilidad del pasivo, la inviabilidad de cumplir en el corto plazo*. En fin, el AJM Santander de 14 de octubre de 2008 considera preciso acudir a las circunstancias concurrentes en el caso concreto para valorar que el margen de incertidumbre que presenta la insolvencia inminente sea mínima y se acerque a la certeza del hecho futuro. Se tienen en cuenta *las dificultades de tesorería, el volumen de deudas vencidas y de inmediato vencimiento y la evolución general del sector en el que opera la concursada, el inmobiliario, el intento fallido de acudir a fuentes de financiación por parte de entidades crediticias*.

para hacer frente a sus obligaciones pero ha entrado en una fase de insuficiencia patrimonial que a corto plazo podría llevarle a la iliquidez patrimonial. En este supuesto el valor de la empresa en funcionamiento es superior al valor de liquidación pero inferior a su pasivo total. En estos casos es claro que una intervención a tiempo puede ser crucial para lograr una reorganización de la deuda que permita a la empresa seguir en funcionamiento y retener su valor, y por eso el legislador concede al deudor la opción de adelantarse a la aparición de los hechos externos que permitirían a los acreedores solicitar la declaración de concurso (art.2.4 LC). Por ejemplo, se encontraría en situación de insolvencia inminente el deudor que deba realizar de forma más o menos inmediata pagos de reembolso de obligaciones a largo plazo y prevea que no podrá cumplirlos. O también el deudor contra el que se presente una demanda por daños y perjuicios y prevea que no podrá oponerse con éxito a ella ni pagar su importe²¹⁸.

Estos son, en definitiva, los hechos que debiera exigirse al deudor que acreditase cuando pretenda la declaración de concurso en base a una situación de insolvencia inminente, que, a pesar de ser la previsión de un hecho futuro, ha de quedar igualmente justificada. Esta situación ha de ser comprobada por el juez,

²¹⁸ Así, en la SAP Madrid (sección 28^a) de 8 de mayo de 2009, se considera que se encuentra en situación de insolvencia inminente el deudor contra el que se dicta una sentencia en virtud de la cual se le condena a una obligación de hacer (el otorgamiento de la escritura de cancelación del préstamo hipotecario y de compraventa de una vivienda) y a una obligación de pago ilíquido y no exigible inmediatamente, resultante de la condena en costas. Ante la falta de bienes y derechos de la concursada para afrontar el pago de esa condena en costa, la AP Madrid entiende que existe una situación de insolvencia inminente. O en la SAP Girona (sección 1^a) de 30 de abril de 2009, que admite la insolvencia inminente del deudor, fiador solidario de una entidad a la que avala y que ha solicitado el concurso, siendo previsible que las entidades bancarias ejecuten los avales contra el deudor.

que sólo puede declarar el concurso cuando de la documentación aportada por el deudor compruebe la probabilidad de que en fecha futura se suceda alguno de los hechos previstos en el art.2.4 LC y si estima insuficiente la documentación aportada por el deudor puede concederle un plazo para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada (art.14 LC)²¹⁹. Y la documentación que ha de servir para fundamentar la previsión de la insolvencia inminente en los términos en la que la hemos definido no es otra que la exigida por el art.6.2 LC²²⁰. A pesar de que el propio art.6 LC, en el párrafo 5, parece admitir la posibilidad de que se declare el concurso aunque no se acompañe alguno de los documentos o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos siempre y cuando el deudor exprese en su solicitud la causa que lo motivara, en el supuesto de insolvencia inminente esa documentación debería ser fundamental para su acreditación²²¹.

²¹⁹ La SAP Girona (sección 1ª) de 30 de abril de 2009 considera imposible pedir que tenga el juez por acreditada la insolvencia inminente, *al tratarse de un juicio sobre datos futuribles, de modo que a la luz de los documentos aportados lo más que se puede emitir es un juicio condicional coincidente con el correlativo de autoprevisión de insolvencia del que la solicita, el cual será positivo siempre que no se deje de ofrecer un criterio que, objetivamente, permita apoyar aquélla.*

²²⁰ Manuel OLIVENCIA aconseja aportar el dictamen pericial de experto economista para fundamentar de forma más sólida la insolvencia inminente. Con este dictamen, la acreditación de la insolvencia no depende únicamente del criterio del deudor sobre su propia situación, sino de un juicio objetivo. Vid., Manuel OLIVENCIA, “Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso”, Poder Judicial, núm.18, 2004, págs.25-55.

²²¹ Con todo, en la doctrina se ha considerado insuficiente la documentación contable que el deudor ha de presentar en virtud del art.6 LC para que el juez compruebe la previsión de la insolvencia futura, al informar aquella documentación sobre el pasado y no expresamente sobre el futuro. En este sentido, vid. Enrique GADEA SOLER, “La prueba de la insolvencia en el procedimiento concursal”, RCP, núm.14, 2011, págs.293-296.

CAPÍTULO II

EL RÉGIMEN SUBSTANTIVO ESPECIAL DE LA PAC

I. Planteamiento

El estudio de la naturaleza, concepto, finalidades y caracterización de la PAC que hemos llevado a cabo en el capítulo precedente nos permite ahora abordar de pleno en este Capítulo II el análisis de su régimen sustantivo especial y de su consistencia con las finalidades ya expuestas, siguiendo así la aproximación propuesta al inicio de este trabajo. Asimismo, la naturaleza de oferta negocial de la PAC fijada en el capítulo precedente también nos permite integrar el estudio de su régimen jurídico especial en el contexto más amplio del estudio del convenio concursal desde la perspectiva que nos aporta la teoría general de los contratos. Esta perspectiva determina el contenido y orden de la exposición del presente capítulo sobre el análisis del régimen sustantivo especial de la PAC, análisis que iniciamos con la etapa de formación de un convenio concursal a través de la PAC e incluye la negociación sobre el contenido de la propuesta con carácter previo a su presentación, la presentación de la misma por el deudor y la aceptación de la propuesta por parte de los acreedores, y prosigue con los aspectos que tienen que ver con una propuesta de convenio ya aceptada y aprobada y, por tanto, convertida ya en convenio y no mera propuesta, como son la eficacia e ineficacia del convenio.

El régimen sustantivo especial de la PAC está conformado tanto por elementos exclusivos de una tramitación anticipada del convenio concursal como por

elementos comunes a la propuesta ordinaria de convenio, todos ellos contenidos en el Capítulo I del Título V LC, y es que la construcción integral del régimen sustantivo especial de la PAC exige una interpretación conjunta de los preceptos destinados a la PAC y los destinados a la propuesta ordinaria de convenio, en la medida que el régimen propio de la PAC, previsto en los arts. 104-110 LC, resulta incompleto, al no recoger materias como la inmodificabilidad e irrevocabilidad de toda propuesta de convenio una vez admitida a trámite (art. 114.2 LC), normas sobre los acreedores sin derecho de voto y el derecho de voto de los acreedores privilegiados (art. 122 y 123 LC), las mayorías necesarias para la aceptación de las propuestas de convenio y reglas especiales al respecto (arts. 124 y 125 LC), o como la eficacia del convenio (arts. 133-136 LC)²²².

II. La formación del convenio concursal mediante la PAC

Desde la perspectiva anunciada de la teoría general de los contratos, la fase de preparación o formación del convenio comprende todos aquellos actos llevados a cabo con la finalidad de perfeccionarlo, con la concurrencia de oferta y aceptación (art. 1262 CC y 54 C de C)²²³. En el caso del convenio concursal alcanzado mediante la PAC, la fase de formación se inicia con la negociación del contenido de la PAC fuera del concurso, prosigue con la presentación de la misma por parte del deudor y concluye con su aceptación mediante la adhesión

²²² La misma interpretación conjunta nos exigirá la construcción del régimen procesal de la PAC, como veremos en el siguiente capítulo, en materias como la oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 128 LC) y el rechazo de oficio del convenio ya aceptado (art. 131 LC). Se muestra crítico con esta sistematización del régimen de la PAC, que atribuye a la inserción precipitada de esta figura en el texto del Anteproyecto de la LC, Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio anticipado*, *op.cit.*, págs.16-17.

²²³ Vid., Luís DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, pág.309.

o emisión del voto favorable a la misma por parte de la mayoría de acreedores. Las particularidades de la PAC, expuestas en el capítulo anterior, respecto a su caracterización híbrida y su marcado carácter contractual, se ponen de manifiesto especialmente en la fase de preparación de la propuesta de convenio, anterior a la presentación de la misma ante el juez del concurso. En esta fase tienen lugar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores y la aceptación parcial de la PAC. Iniciamos el estudio de la formación del convenio mediante PAC con la descripción de este escenario preconcursal, que nos ayudará a entender posteriormente el fundamento de las normas sobre el contenido de la PAC y la legitimación para su presentación.

1. La negociación preconcursal de la PAC y los problemas de información y resistencia de los acreedores

La PAC sólo puede ser presentada por el deudor y no por los acreedores, y debe ir acompañada en el momento de su presentación de la adhesión de una quinta o una décima parte, según si dicha presentación se produce en el momento de solicitar la declaración de concurso o con posterioridad, del pasivo presentado por el deudor (art. 106 LC). Estos requisitos relativos a la legitimación y a las adhesiones a la PAC condicionan el proceso de formación de la PAC, pues comporta que el deudor ha debido entablar negociaciones con sus acreedores con anterioridad al momento de su presentación ante el juez del concurso, ya sea acompañándola con la solicitud de declaración de concurso o bien en un momento posterior, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos

(art. 104 LC)²²⁴. Por consiguiente, el proceso de formación del convenio mediante la PAC se inicia con una fase de negociación entre el deudor y todos o algunos de sus acreedores previa a la declaración judicial de concurso, aunque también puede ser posterior a la misma, pero en cualquier caso de carácter extrajudicial.

En este contexto extrajudicial en el que debemos situar el inicio de la formación del convenio mediante la PAC, el deudor con problemas de solvencia puede intentar, antes de presentar la solicitud de declaración de concurso, llegar a un acuerdo extrajudicial con sus acreedores y evitar así los costes del procedimiento concursal. Sin embargo, el proceso de negociación del deudor con todos y cada uno de sus acreedores también es costoso, además de acarrear el riesgo de revelar a aquellos acreedores menos informados su situación financiera. Por esta razón, el deudor, en su caso, puede prescindir de intentar llegar a un acuerdo extrajudicial con todos sus acreedores y presentar una PAC directamente, apoyada por los acreedores próximos a él. Ahora bien, la norma del art. 106 LC, al aceptar las adhesiones emitidas antes del concurso, permite al deudor una opción ulterior a las expuestas, consistente en intentar en primer

²²⁴ Esta necesidad de negociar la propuesta antes de su presentación ante el juez del concurso, ya sea con anterioridad a la declaración judicial de concurso o poco después, no existe en la propuesta ordinaria, puesto que no exige ninguna adhesión para su presentación, que tiene lugar más tarde en el procedimiento y permite a las partes negociar una vez iniciado el concurso. Si bien puede resultarle beneficioso al deudor que quiera presentar una propuesta ordinaria de convenio conocer la predisposición de los acreedores antes de iniciar el concurso, no es indispensable. Por otro lado, si la propuesta ordinaria de convenio la presentan los acreedores, cuyos créditos han de superar conjunta o individualmente una quinta parte del pasivo, pueden haber existido negociaciones entre ellos, en caso de ser varios los acreedores que presenten la propuesta, pero tampoco exige esta propuesta una negociación entre el deudor y los acreedores.

lugar llegar a un acuerdo extrajudicial con todos sus acreedores y, de no conseguirlo, convertir la propuesta de acuerdo extrajudicial en una PAC. En este sentido, el deudor puede decidir entablar negociaciones con sus acreedores, con todos o únicamente con algunos, los más relevantes, e intentar llegar a un acuerdo con éstos. Si lo logra y los acreedores que aceptan el acuerdo representan la décima parte del pasivo, el acuerdo puede convertirse en una PAC, que el deudor podrá presentar junto con la solicitud de declaración de concurso, y a la que posteriormente se podrán adherir otros acreedores, con los que el deudor no llegó a negociar, y alcanzar así la conclusión de un convenio concursal.

En consecuencia, aunque fracasen las negociaciones extrajudiciales del deudor porque no consiga obtener el consentimiento individual de todos los acreedores que le permita concluir un acuerdo extrajudicial, el deudor tiene la posibilidad de aprovechar el tiempo y los recursos invertidos en el proceso negociador siempre que consiga recabar el apoyo de algunos de ellos y convertir el acuerdo alcanzado con éstos en una PAC, reduciendo así el coste de la conclusión de un convenio. Por tanto, el proceso de negociación extrajudicial de un acuerdo con los acreedores no resulta estéril aunque éste no llegue a concluirse, sino que, al contrario, el deudor puede aprovechar el tiempo y los recursos invertidos en las negociaciones extrajudiciales para presentar una PAC. Por esta razón, el art. 106 LC no sólo propicia la negociación extrajudicial, que podría llegar a evitar la declaración de concurso, sino que también la protege. Ésta norma, pues, se revela consistente con todas las finalidades de la PAC, en tanto que al respetar las negociaciones extrajudiciales entre el deudor y los acreedores no sólo reduce

los costes del concurso y favorece la consecución del convenio, sino que también favorece la anticipación de la declaración de concurso, al incentivar al deudor para que presente la PAC, promueve la autonomía privada, y por todo ello consigue maximizar la satisfacción del interés de los acreedores.

A la promoción y protección de la negociación extrajudicial dirigida a obtener un acuerdo entre el deudor y sus acreedores que pueda convertirse en una PAC también contribuye, además del art.106 LC, el art.5 bis LC. Esta norma, ya analizada²²⁵, incentiva al deudor en situación de insolvencia actual a iniciar negociaciones extrajudiciales con sus acreedores al no exigirle el deber de solicitar la declaración de concurso durante tres meses si inicia negociaciones para obtener adhesiones a una PAC. Además, en virtud de dicha norma, si, como expusimos, el deudor logra un acuerdo durante ese periodo que consiga hacer desaparecer la situación de insolvencia del deudor, éste ya no estaría obligado a solicitar, pasados los tres meses, el concurso, pues ni puede exigirse al deudor que lo solicite si ha desaparecido el presupuesto objetivo ni el concurso puede ser declarado de oficio, y por consiguiente se evitaría el concurso²²⁶.

Este peculiar proceso de formación del convenio mediante la PAC, que se inicia antes de la declaración judicial de concurso, permite considerar a la PAC, según apuntamos en el Capítulo I, como un medio de judicialización de los acuerdos

²²⁵ Vid. *supra*, págs.153-156.

²²⁶ Vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”, en ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (coords.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, págs.49-134.

extrajudiciales que no han podido ser concluidos, y atribuirle por esto una naturaleza híbrida, al reunir las ventajas tanto de una solución extraconcursal como de una solución concursal. En este sentido, por un lado, la PAC es una solución menos costosa que una propuesta ordinaria de convenio al ser negociada, como acabamos de ver, parcialmente fuera del concurso, circunstancia que reduce los costes de negociación sobre la conclusión del acuerdo. Y por el otro, la PAC permite reducir las asimetrías informativas que surgen en sede extrajudicial provocando el rechazo del acuerdo extrajudicial por parte de algunos acreedores, y facilita la aceptación de la propuesta de convenio, al no exigir la unanimidad de todos los acreedores del deudor como sí exigen los acuerdos extrajudiciales.

En relación con estas últimas ventajas, en efecto, una vez presentada y admitida a trámite la PAC, su régimen sustantivo especial incorpora mecanismos para resolver los problemas que han impedido alcanzar el acuerdo extrajudicial, esto es, la existencia de asimetrías informativas y de problemas de resistencia de los acreedores, y favorecer que el deudor recabe el resto de adhesiones que sumadas a las ya obtenidas en sede extrajudicial, permitan la conclusión de un convenio concursal.

Respecto al problema de las asimetrías informativas, que surgen cuando algunos acreedores no disponen de la información suficiente para decidir si el acuerdo propuesto es la opción que satisface mejor sus intereses, la LC articula un conjunto de mecanismos de obtención y difusión de la información sobre el patrimonio del deudor, y que en el caso de la PAC adquieren una configuración

especial en comparación con los previstos para la tramitación de una propuesta ordinaria de convenio, vinculándose al momento de su presentación. En efecto, en el caso de la PAC, además de toda la documentación que el deudor ha de presentar en el momento de solicitar la declaración de concurso y la que debe acompañar a la PAC, las prohibiciones del art. 105 LC según expondremos más adelante²²⁷ cumplen la función de reducir esas asimetrías de información.

En cuanto al problema de la resistencia, que surge cuando algún acreedor decide no adherirse a la propuesta de acuerdo extrajudicial con el propósito de obtener una mayor satisfacción individual, y que podría llevar a la desmembración del patrimonio del deudor y, por consiguiente, a la pérdida de su mayor valor así como al fracaso de acuerdos que podrían resultar beneficiosos para el conjunto de los acreedores y el deudor, se evita mediante el procedimiento concursal, por un lado, a través de la suspensión de las acciones individuales de las que son titulares los acreedores en orden a la obtención de la satisfacción de sus créditos y, por el otro, a través de la imposición de un régimen de mayorías para la aceptación del convenio por los acreedores, en sustitución del consentimiento individual de todos los acreedores que rige fuera del concurso. El régimen de mayorías previsto en la LC supone que, de reunirse una determinada proporción de adhesiones o votos favorables a la propuesta de convenio, éste se impone a todos los acreedores ordinarios y subordinados, estén o no de acuerdo con el mismo. Ahora bien, las consecuencias que se derivan del régimen de mayorías exige que se prevean garantías para evitar que el convenio aceptado por una determinada proporción del pasivo sea

²²⁷ Vid. *infra*, págs. 299-307.

beneficioso para los acreedores que han prestado su consentimiento a favor del convenio y perjudicial para los que no lo han prestado, puesto que por sí solo éste régimen no conlleva ningún control sobre el contenido de la propuesta de convenio y, de permitirse sin ninguna garantía que evite aquel resultado, supondría un incentivo al deudor para presentar propuestas que no maximizaran la satisfacción del interés común de todos los acreedores sino el suyo propio y/o el de los acreedores próximos a él²²⁸. Es por esta razón que el convenio debería, en todo caso, garantizar que los acreedores reciban mediante el convenio concursal, como mínimo, lo mismo que obtendrían de liquidarse el patrimonio del deudor, puesto que de no ser así no se estaría maximizando la satisfacción de los acreedores²²⁹. Esta regla, a pesar de que no está expresada ni viene impuesta explícitamente por la LC, deriva de las finalidades de la PAC y de la función del propio concurso. Precisamente para asegurar la satisfacción de esta regla, el legislador regula el contenido del convenio imponiendo una disciplina especial que se aleja del régimen de los convenios extrajudiciales y que pasamos a examinar.

2. El contenido de la PAC como objeto de la negociación

Como hemos expuesto, las negociaciones entre el deudor y sus acreedores que conducen a la formación de un convenio mediante la PAC se inician, necesariamente, antes de su presentación ante el juez del concurso, fuera de los

²²⁸ Vid., Alan SCHWARTZ, “Bankruptcy workouts and debt contracts”, *J.Law&Eco.*, núm.36, 1993, págs. 595-632.

²²⁹ Vid., Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, *op.cit.*, págs.526-546.

tribunales, ya que la PAC debe presentarse con un determinado porcentaje de adhesiones favorables por parte de los acreedores (art.106 LC). Pese a esto, aquellas negociaciones se desarrollan, inevitablemente, a la sombra de la disciplina concursal y, por tanto, están condicionadas por las normas contenidas en la LC. En este contexto, cobran particular relevancia las normas relativas al contenido de la propuesta de convenio, puesto que el deudor y los acreedores deben atenerse a los límites y requisitos establecidos en la LC con respecto al contenido del convenio y ceñir el objeto de sus pactos al ámbito del contenido facultativo previsto en la LC.

La disciplina sobre el contenido del convenio se encuentra recogida fundamentalmente en el art. 100 LC, aunque debe completarse con otros preceptos, sobre todo en lo que se refiere a las cláusulas facultativas del convenio (arts. 99, 101, 102, 125, 137 LC)²³⁰. Con carácter general cabe decir que la disciplina relativa al contenido del convenio prevista en la LC consiste en prohibir diversos contenidos, establecer límites a determinadas proposiciones y permitir todo un abanico de cláusulas facultativas, que no reciben un tratamiento conjunto sino que se encuentran previstas en diferentes preceptos a lo largo de la sección dedicada a la fase de convenio y que tienen un carácter diverso y no exhaustivo. Además de estos contenidos prohibidos y facultativos, la redacción del art. 100 LC ha llevado a una parte de la doctrina a entender que las quitas y las esperas constituyen, en todo caso, un contenido imperativo de la

²³⁰ Aunque el art.100 LC se refiere al contenido de la propuesta de convenio, es también el contenido del propio convenio, ya que como hemos visto la propuesta no es otra cosa que un proyecto del futuro convenio concursal. Vid. *supra*, págs.33-35.

propuesta de convenio, de manera que se ha acabado por hablar de tres tipos de cláusulas que forman el contenido del convenio: imperativas, prohibidas y facultativas o dispositivas²³¹. No obstante, por las razones que más adelante expondremos, nuestro análisis nos conduce a hablar únicamente de contenido prohibido y de contenido facultativo.

El régimen del contenido de la propuesta de convenio, tanto por el detalle con el que regula dicho contenido como por los límites que impone a la autonomía privada de las partes, se distancia de la regulación del contenido del convenio concursal prevista en el Derecho concursal anterior²³², hecho este que ha provocado críticas por parte de la doctrina²³³, pues si bien la Exposición de Motivos de la LC afirma que la autonomía privada de las partes goza en el

²³¹ En este sentido, vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “El contenido del convenio”, *op.cit.*, págs.357-408, que se refiere a los diferentes contenidos del convenio concursal como contenido esencial, potestativo y prohibido.

²³² En el Derecho concursal anterior regía la libertad de contenido de convenio, tanto en la quiebra (según el art.898 Ccom el quebrado y sus acreedores podían hacer los convenios que estimasen oportunos), como en el concurso de acreedores (conforme al art.1303 LEC 1881, en cualquier estado del juicio de concurso, después de hecho el examen y reconocimiento de los créditos, podían hacer los acreedores y el concursado los convenios que estimasen oportunos). En la LSP se admitía también la libertad de contenido (el art.14 LSP permitía a los acreedores, una vez abierta la discusión en junta de acreedores de la propuesta del deudor, incorporar a la propuesta las cláusulas que se estimasen convenientes. Se fijaba una mayoría reducida si la espera no superaba los tres años). Ahora bien, a nivel doctrinal se venía aceptando que el convenio, fuese cual fuese su contenido, debía respetar dos reglas: que el acuerdo respetase el principio de *par conditio creditorum* y que no supusiese no sólo la renuncia por parte de los acreedores al total de sus créditos sino tampoco la reducción de los créditos en una cuantía inferior a la que les correspondería si se siguiesen los trámites de la liquidación. Vid., Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, *op.cit.*, págs.526-546.

²³³ Vid. por todos, Horst Antonio HÖLDERL FRAU, *El convenio en la quiebra...*, *op.cit.*, págs.284-87.

convenio de una gran amplitud²³⁴, lo cierto es que esta autonomía se ve limitada por la disciplina imperativa sobre el contenido del convenio. Precisamente por ser una disciplina restrictiva de la autonomía privada de las partes y, por tanto, contraria a una de las finalidades de la PAC, la finalidad de promoción de la autonomía privada de las partes, dicha restricción debería poder ser explicada por perseguir la satisfacción de otra u otras de las finalidades atribuidas a la PAC, pues, en caso contrario, dicho régimen resultaría inconsistente con estas. En este sentido, la búsqueda de la consistencia de la disciplina relativa al contenido del convenio con las finalidades de la PAC es, como ya hemos dicho en repetidas ocasiones, el criterio que nos guía en la interpretación y análisis del significado y alcance del régimen jurídico del contenido del convenio que a continuación iniciamos.

2.1. Contenido prohibido

La disciplina relativa al contenido del convenio impone, en primer lugar, límites a la autonomía privada de las partes en cuanto al contenido posible del convenio, estableciendo un conjunto de prohibiciones a la inclusión de determinadas cláusulas en la propuesta de convenio. En particular, la propuesta de convenio no puede contener cláusulas relativas a operaciones que impliquen la liquidación del patrimonio del deudor (art. 100.3 LC), o la alteración de la clasificación o cuantía de los créditos (art.100.3 LC), ni tampoco que comporten condiciones a su eficacia (art.101 LC). Aunque todas estas prohibiciones conllevan la restricción a la autonomía privada de las partes y, por esto, como

²³⁴ Vid., apartado VI, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos de la LC.

hemos visto, contradicen una de las finalidades atribuidas a la PAC, consistente en promocionar la autonomía privada de las partes en el convenio, las cláusulas prohibidas se refieren a supuestos diversos y, por tanto, merecen una explicación separada.

2.1.1. Prohibición de la cesión de bienes y derechos a los acreedores y de cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor

La LC prohíbe las propuestas de convenio que consistan en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos y también cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para la satisfacción de sus deudas (art. 100.3 LC). Con el propósito de delimitar el ámbito objetivo de esta prohibición, debemos ponerla en relación con la admisión de las propuestas de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado o de determinadas unidades productivas a una persona natural o jurídica determinada (art. 100.2 LC). Y es que la enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado o de sus unidades productivas admitida por el art. 100.2 LC no es otra cosa que una liquidación global o parcial de su patrimonio. Es oportuno, pues, debido a la similitud entre ambos contenidos, determinar qué condiciones debe reunir dicha enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado o de sus unidades productivas para ser admitida como contenido del convenio, ya que esto nos resultará de utilidad para delimitar de forma más exacta la prohibición de las cesiones de bienes y derechos a los acreedores y de cualquier forma de liquidación global prevista en el art. 100.3 LC.

Como veremos al analizar el contenido facultativo de la propuesta de convenio, la admisión de las propuestas de enajenación del conjunto de bienes y derechos o de determinadas unidades productivas del concursado pasa por que el adquirente de los bienes asuma la continuidad de la actividad empresarial afecta a los bienes y el pago de los créditos de los acreedores. Así, el art. 100.2 LC, admite cesiones de bienes y derechos y operaciones liquidativas siempre y cuando aseguren la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor y el pago de los créditos de los acreedores. En sentido contrario, cabe entender que la LC busca prohibir, a través del art. 100.3 LC, únicamente aquellas cesiones u operaciones liquidativas del patrimonio del deudor que no contribuyan a la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor ni a asegurar la satisfacción de los acreedores y no, en cambio, aquellas otras propuestas que, no comprometiendo tal continuidad, supongan una operación beneficiosa para el conjunto de los acreedores porque contribuye a la satisfacción de sus créditos, como la enajenación de determinados bienes y derechos del patrimonio del deudor que, sin impedir la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, pueda servir para hacer frente a pagos parciales a los acreedores²³⁵.

Una vez, pues, delimitado funcionalmente el ámbito objetivo de la prohibición que estamos analizando, cabe señalar que las cesiones de bienes y derechos que

²³⁵ En este sentido, vid. Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 100”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.784-785.

el art. 100.3 LC prohíbe eran, sin embargo, válidas bajo la vigencia del Derecho concursal anterior a la LC, validez que se fundaba en la ausencia de norma alguna que las prohibiera expresamente como contenido del convenio y al amplio margen que el art.1255 Cc deja a la autonomía privada de las partes así como a la admisión de aquellas cesiones como medio de pago de las deudas en los arts. 1166, 1175 y 1536 CC. Así, a tenor del art. 1166 CC, el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente ni en las obligaciones de hacer puede ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor, lo que supone que, de mediar acuerdo entre el deudor y el acreedor, la obligación que recae sobre el deudor puede ser extinguida mediante la realización de una prestación diferente a la debida. Por otro lado, al amparo del art. 1175 CC, el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas, comportando dicha cesión la entrega de los bienes a los acreedores y la atribución a éstos de la facultad de liquidarlos para satisfacer sus créditos con el importe obtenido. Por su parte, el art. 1536.2º CC admite la cesión de créditos y demás derechos incorporales en pago de deudas, consistente en el acuerdo entre deudor y acreedor por el cual ambos dan por extinguida la relación que les liga mediante la realización por parte del deudor de una prestación a título de pago distinta a la que se debía y materializada en la cesión de un crédito a favor del acreedor²³⁶. Estas cesiones, como medio de pago a los acreedores, no sólo eran admitidas por la legislación concursal anterior a la LC, sino que eran cláusulas frecuentes en las propuestas de convenio presentadas en el marco del procedimiento de la suspensión de pagos, en las dos versiones que contempla la

²³⁶ Vid., Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Cesión de créditos”, ADC, núm.41, 1988, págs.1033-1131.

propia LC al prohibir las cesiones en pago y para pago y que tienen consecuencias jurídicas distintas, esto es la cesión *pro soluto* y la cesión *pro solvendo*²³⁷.

Los convenios de cesión de bienes y derechos a los acreedores comportaban una liquidación extrajudicial del patrimonio del deudor, liquidación que era ejecutada por los propios acreedores del deudor y que resultaba más ágil y económica que la liquidación por el procedimiento de liquidación judicial previsto para la quiebra. Esta es la razón que explica que este tipo de cláusulas se convirtieran en una fórmula ventajosa para los acreedores puesto que permitía la liquidación del patrimonio del deudor sin tener que pasar por el procedimiento de liquidación judicial, más lento y costoso. Con la reforma operada por la LC, el principio de flexibilidad que la inspira pretende convertir al procedimiento concursal, siga la fase de convenio o la de liquidación, en un procedimiento más ágil y económico que permita llegar a la solución óptima para los acreedores del deudor, desapareciendo así uno de los incentivos del deudor y acreedores para evitar la fase de liquidación. Sin embargo, ello no

²³⁷ Por un lado, la cesión de bienes en pago de los acreedores o cesión *pro soluto* supone la entrega de los bienes del deudor a los acreedores, extinguiéndose la deuda del deudor cedente frente a sus acreedores tan pronto se realiza la cesión y beneficiando el posible remanente de la liquidación de los bienes a los acreedores. Por el otro, la cesión de bienes del deudor para pago de sus acreedores o cesión *pro solvendo* consiste en entregar a los acreedores todo o parte de los bienes, que, una vez realizados, sirven para pagar las deudas pendientes, liberando al deudor de sus responsabilidades sólo por el importe líquido de los bienes cedidos, por lo que si la realización de los bienes no cubre el total pasivo del deudor, los acreedores pueden solicitar la rescisión del convenio que recoge la cesión. De manera que en la cesión *pro solvendo* la extinción de la deuda se produce no con la simple cesión sino una vez cobrado el crédito. Sobre la distinción entre ambas instituciones, vid. José MACHADO PLAZAS, “La distinción entre la dación en pago y la cesión “pro solvendo” contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del TS de 28 de junio de 1997)”, RGD, 1998, págs.11085-11095.

implica necesariamente que las operaciones liquidativas realizadas en la fase de liquidación por la administración concursal proporcionen en todo caso una mejor satisfacción a los acreedores que un convenio liquidativo acordado entre el deudor y los acreedores. Ciertamente la realización de los bienes y derechos que componen el patrimonio del deudor a través de la fase de liquidación, ejecutada por la administración concursal en un procedimiento ordenado y ágil, puede evitar liquidaciones privadas que resulten más costosas, con mayores problemas de valoración. Ahora bien, la fase de liquidación afronta otro riesgo que puede convertirla en una solución al concurso igualmente costosa, cual es el del deterioro del valor de la masa activa por el transcurso del tiempo, en la medida en que la fase de liquidación se abre una vez finalizada la fase común, mientras que la PAC puede ser aceptada y aprobada sin necesidad de abrir la fase de convenio, en la fase común, siendo, por tanto, la PAC una solución que, como ya advertimos, reduce el coste del concurso asociado a la pérdida de valor del patrimonio del deudor por el transcurso del tiempo, en especial en aquellos casos en que los bienes y derechos que integran la masa activa son susceptibles de perder valor con rapidez²³⁸.

²³⁸ Así, de los datos estadísticos de que disponemos del año 2009 se constata que mientras la duración media del procedimiento hasta alcanzar la aprobación de la PAC es de 10 meses (todos en procedimiento ordinario), la del procedimiento hasta alcanzar la aprobación del plan de liquidación es de poco más de 12 meses cuando se sigue tramitación abreviada y de 14 meses en la tramitación ordinaria. Vid., Esteban VAN HEMMEN ALMAZOR, *Estadística Concursal Anuario 2009, op.cit.*, págs.72-79. En términos comparativos, pues, un convenio aprobado mediante PAC en la fase común comporta una duración menor a la de la aprobación del plan de liquidación.

Precisamente para conjurar este riesgo de deterioro del valor de la masa activa en la fase de liquidación, el Real Decreto-ley 3/2009 introdujo la figura de la liquidación anticipada (art. 142bis LC), que permitía al deudor presentar una propuesta anticipada de liquidación hasta los quince días posteriores a la presentación del informe de la administración concursal, adelantando así la aprobación del plan de liquidación a la fase común, después de la cual el juez debía abrir la fase de liquidación para proceder al

Así, si bien la prohibición de las cesiones de bienes y derechos a los acreedores y de cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor es consistente con la finalidad de conservar la actividad empresarial o profesional del deudor, que necesariamente ha de suponer la constricción del objeto de la autonomía privada de las partes a aquellos pactos que conlleven la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, la prohibición analizada supone una restricción a la libertad de las partes en la negociación del contenido de la propuesta de convenio y, por tanto, contraria a una de las finalidades atribuidas por el legislador a la PAC, contrariedad que ha llevado a una parte de la doctrina a mostrar su oposición a la previsión del art. 100.3 LC²³⁹. Además

pago de los créditos. Los únicos datos de los que disponíamos al respecto eran los relativos al 2009 y por tanto no permitían extraer datos definitivos pero, a pesar de ello, parecían confirmar la menor duración de la fase común en las liquidaciones anticipadas. Sin embargo, la Ley 38/2011 ha venido a eliminar la distinción entre liquidación anticipada y liquidación ordinaria al permitir al deudor solicitar la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento del procedimiento, que será ordenada por el juez en el plazo de diez días desde aquella solicitud (art.142.1 LC).

²³⁹ Son varios los organismos que se han manifestado en contra de la prohibición de las cesiones de bienes y derechos a los acreedores y de cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor como contenido del convenio. Así, el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y al Anteproyecto de Ley Concursal aprobado por el CGPJ, de 6 de noviembre de 2001; el Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal y el Anteproyecto de Ley Concursal, aprobado el 26 de diciembre de 2001; el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, aprobado el 7 de noviembre de 2001.

En el ámbito doctrinal, vid. entre otros, en contra de tal prohibición, Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, “El convenio de liquidación de los bienes del deudor al amparo de la nueva Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.85-101, y Ángel CARRASCO PERERA y Esther MORATIEL PELLITERO, “Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria”, *op.cit.*, págs.1-7. En cambio, se muestran a favor de la prohibición José María MUÑOZ PLANAS y José María MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, en AAVV,

también resulta dudosa la consistencia de dichas prohibiciones con la finalidad de reducir los costes del concurso y de satisfacer a los acreedores, en la medida en que obligan a abrir la fase de liquidación cuando las partes no logren llegar a un acuerdo para solucionar los problemas de solvencia del deudor que conlleve la conservación de su actividad económica o profesional, que puede acabar siendo, por las razones que hemos expuesto, una solución más costosa y menos beneficiosa para los acreedores que un convenio liquidativo pactado entre el deudor y los acreedores.

Una última cuestión a abordar sobre este contenido prohibido es el relativo a la excepción a la prohibición de las cesiones de bienes y derechos que introduce la Ley 38/2011. Se trata del supuesto previsto en el art.155.4 LC, referido a la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Dicha excepción viene impuesta por la admisión de la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado para proceder al pago de los acreedores con privilegio especial. En estos casos, el juez puede autorizar la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello queda completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. De manera que, al reconocer la realización de los bienes o derechos afectos al crédito privilegiado no sólo a través de subasta o venta directa como sucedía hasta ahora sino también a través de la cesión, cabía

Estudios sobre la Ley Concursal..., *op.cit.*, t.II, págs. 2173-2204, porque al tratarse de liquidaciones no ejecutadas por los órganos del procedimiento concursal sino por los acreedores, los convenios con cesiones encubrían, según ellos, una “realidad defraudatoria” que justifica el nuevo posicionamiento de la LC al respecto.

introducir aquella excepción para evitar incumplir el régimen del contenido del convenio en aquellos casos en que el acreedor privilegiado decidiese quedar afectado por el convenio y éste incorporase en su contenido la cesión en pago o para pago del crédito del cual sea titular.

2.1.2. Prohibición de alterar la clasificación o el importe nominal de los créditos concursales

La disciplina relativa al contenido del convenio también contiene la prohibición de incluir cualquier cláusula que altere la clasificación de los créditos concursales establecida por la LC ni de la cuantía de los mismos fijada en el concurso (art. 100.3 LC). La cuantía y la clasificación de los créditos concursales queda determinada en la lista de acreedores, en los términos en que establece el art. 94 LC, confeccionada por la administración concursal fruto de los trámites de comunicación y reconocimiento de créditos (arts. 85-88 LC) y adquiere carácter definitivo transcurrido el plazo de cinco días desde la notificación de la última sentencia resolutoria de las posibles impugnaciones contra la lista (art. 96.5 LC).

Por lo que respecta a la prohibición de alterar la cuantía de los créditos, a los efectos de la cuantificación del pasivo, todos los créditos se computan en dinero y por su valor en la fecha de la declaración de concurso (art. 88.1 LC), quedando fijada en la lista de acreedores la cuantía por el principal y por los intereses (art. 94.2 LC). Este importe no puede modificarse en la PAC, sin perjuicio de las quitas que se acuerden y de los pactos que puedan concluirse con respecto a los

intereses devengados por los créditos, pactos amparados por el art. 59.1 LC, según el cual, y con las correspondientes salvedades relativas a los créditos con garantía real y créditos salariales, cuando la propuesta de convenio incorpore únicamente una espera, puede pactarse en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido (art. 59.2 LC)²⁴⁰.

En cuanto a la prohibición de alterar la clasificación de los créditos, como es sabido, el régimen relativo a la clasificación de los créditos concursales se encuentra recogido en los arts. 89-93 LC, artículos a los cuales se ha de acomodar la relación de acreedores incluidos en la lista de acreedores que debe elaborar la administración concursal y el contenido de la PAC presentada por el deudor, éste último no sólo en relación a la calificación asignada a un determinado crédito sino también a la prelación en el pago a los acreedores del deudor, lo que implica que no puede, por ejemplo, pactarse la calificación como ordinario de un crédito clasificado como subordinado en la lista de acreedores confeccionada por la administración concursal ni el pago de los créditos subordinados antes que los ordinarios, o el de los ordinarios antes de los privilegiados con privilegio general²⁴¹.

Con todo, antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, la propia LC advertía de la posibilidad de que la propuesta de convenio no siguiese la

²⁴⁰ Vid., Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Comentario al artículo 100”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.2147-2171.

²⁴¹ Vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, pág.786.

clasificación de los créditos concursales contenida en los arts. 89-93 LC ni el orden de prelación en el pago que corresponde a cada crédito. En efecto, el apartado 3 del art. 100 LC preveía que no podía alterarse dicha clasificación, *sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 de este artículo*, en virtud del cual los créditos que se conceden al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfacen según los términos fijados en el convenio. La Ley 38/2011 elimina aquella referencia, sin embargo los créditos que se conceden al concursado para financiar el plan de viabilidad siguen satisfaciéndose en los términos fijados en el propio convenio, con lo que se sigue admitiendo, a pesar del cambio introducido por la Ley 38/2011, la posibilidad de que a través del convenio pueda alterarse aquella clasificación.

La estrecha relación de estos créditos con el plan de viabilidad y su vinculación con la autonomía privada de las partes expresada a través del convenio, en la medida en que estos créditos se satisfacen según lo establecido en él, explican la ubicación de la regulación de los créditos para financiar el plan de viabilidad en el artículo que regula el contenido de la propuesta de convenio y no en los relativos a la clasificación de los créditos, así como su análisis en este apartado.

El tratamiento de los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad no fue una cuestión pacífica a lo largo de la gestación de la LC, puesto que la posibilidad de satisfacer los créditos que financian el plan de viabilidad según lo previsto en el convenio no estaba reconocida en el Proyecto de Ley Concursal, cuyo art. 99.4.II establecía que los créditos que se concediesen al concursado para financiar el plan de viabilidad sólo podían satisfacerse una vez pagados

todos los créditos privilegiados y ordinarios²⁴². Sin embargo, en la fase de tramitación parlamentaria se cuestionó la clasificación de dichos créditos como créditos subordinados por suponer un claro desincentivo para la concesión de nueva financiación y finalmente el art. 100.5.II LC estableció que los créditos que se conceden al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfacen en los términos fijados en el convenio. La posibilidad de que el deudor y sus acreedores decidan cómo satisfacer los créditos que financian el plan de viabilidad mediante el convenio admitida por la norma del art. 100.5.II LC puede tener repercusión en el pago del resto de créditos concursales según las normas de la LC y es por ese motivo que el art. 100.3 LC la entendía como una excepción a la prohibición de alterar la clasificación de los créditos prevista en la LC.

La financiación del plan de viabilidad, que puede provenir de acreedores del deudor que ya mantienen una relación comercial con él y que están interesados en conceder nuevos fondos ante la perspectiva de que el deudor se recupere y pueda obtener nuevos ingresos, o bien de terceros con los que el deudor no mantiene ninguna relación anterior al procedimiento concursal, difícilmente se podría obtener si el deudor no garantizase un tratamiento especial o privilegiado a los créditos destinados a facilitarla, de manera que el riesgo de prestar dinero a un deudor con problemas de solvencia debe compensarse con una expectativa razonable de cobrar el crédito antes de proceder al pago de los acreedores privilegiados o de los ordinarios, por tanto con la concesión de algún

²⁴² Vid., BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de julio de 2002, núm. 101-1, págs.1-70.

tipo de garantía o tratamiento privilegiado. Con este propósito de facilitar la obtención de nueva financiación, la LC permite que las partes acuerden en el convenio que aquellos créditos sean satisfechos antes que los privilegiados o antes de proceder al pago de los acreedores ordinarios²⁴³. Sin embargo, es claro que ese tratamiento privilegiado a los créditos destinados a la financiación del plan de viabilidad supone un perjuicio, no para los acreedores privilegiados que no hayan votado a favor o no se hayan adherido a la propuesta de convenio, pues éstos no quedan afectados por éste (art. 134.2 LC), sino para los acreedores ordinarios e incluso para aquellos acreedores privilegiados que sí hayan votado a favor o se hayan adherido a la PAC y, por tanto, queden vinculados por el contenido del convenio, pues habrán de esperar a que aquellos sean satisfechos para obtener el cobro de sus créditos. Ante tal constatación, cabe plantearse si es consistente con las finalidades de la PAC y, en especial, con la finalidad de satisfacer los intereses de los acreedores una norma que permite alterar la clasificación de los créditos establecida en la LC con el fin de facilitar la obtención de nueva financiación.

La respuesta debe ser afirmativa. Es claro que la norma del art.100.3 LC promueve, en primer lugar, la autonomía privada, al permitir que sean las partes, y no el legislador, las que decidan sobre el tratamiento de la nueva

²⁴³ Es por supuesto conforme a Derecho que en la PAC se pacte que los créditos concedidos para financiar el plan de viabilidad se satisfagan una vez pagados los créditos concursales ordinarios o incluso los créditos subordinados. En este sentido, vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ RÍO, “Contenido del convenio”, *op.cit.*, págs.357-408. Sin embargo, este resultado es precisamente el que se pretendía evitar con la modificación parlamentaria de la norma pues dificultaría la concesión de nueva financiación y por consiguiente la conservación de la actividad empresarial o profesional.

financiación, en clara concordancia con la finalidad de la PAC. Y, en segundo lugar, al incentivar y facilitar la obtención de nuevos fondos para financiar el plan de viabilidad, favorece la conservación de la actividad empresarial y profesional del deudor, en especial en aquellas situaciones de insolvencia en que el deudor tenga problemas de liquidez y necesite de nuevos fondos para hacer frente a los costes del mantenimiento del negocio en funcionamiento. Por el contrario, la valoración sobre la consistencia del art.100.3 LC con la finalidad de satisfacer a los acreedores es menos evidente, pues exige sopesar los beneficios que el conjunto de acreedores puede obtener al preservarse el valor de la empresa concursada como negocio en marcha con los costes que debe soportar al ver postergada la satisfacción de sus créditos, especialmente si fracasa la reorganización. En esta valoración, puede afirmarse que la norma del art.100.3 LC satisface a los acreedores siempre y cuando éstos puedan retener parte del valor del patrimonio del deudor que con la nueva financiación consigue preservarse o aumentarse y esa parte que consigan retener sea superior al coste de ser satisfechos con posterioridad a los que se beneficien del tratamiento privilegiado, puesto que en esta situación, los acreedores, si bien no verán satisfechos sus créditos hasta que no lo hayan sido los créditos que financian el plan de viabilidad del deudor, serán mejor satisfechos que sin el otorgamiento de aquel tratamiento privilegiado. A semejante resultado se llega cuando, en efecto, la conservación de la actividad empresarial o profesional en los términos en que se plantea en la PAC constituya la solución que maximice el valor del patrimonio del deudor y el deudor necesite nueva financiación para conservar su actividad empresarial o profesional, sin estar en condiciones de obtener la financiación necesaria de otra manera que no sea mediante la concesión de un

tratamiento privilegiado. De no ser así y de existir soluciones que pueden obtener más valor del patrimonio del deudor a un coste menor para los acreedores a la hora de conseguir la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, no se estaría maximizando la satisfacción de los acreedores.

Como hemos afirmado, la calificación que merezcan estos créditos queda a la decisión del deudor y sus acreedores y depende de lo pactado en la propuesta de convenio. Pero inicialmente la LC no prevía qué calificación otorgar a estos créditos si las partes no establecían en la propuesta de convenio nada al respecto. Aunque ya hemos apuntado que es difícil que se concedan nuevos fondos a un deudor concursado sin que quien concede los fondos se asegure un tratamiento privilegiado, el análisis de esta cuestión es del todo pertinente porque se ha de prever qué sucede con los créditos que se hayan concedido para financiar el plan de viabilidad si finalmente el convenio no se cumple y se produce la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación²⁴⁴. Y es que para que la norma que permite al deudor y sus acreedores pactar en el convenio la clasificación de los créditos que financian el plan de viabilidad incentive realmente la concesión de nueva financiación y se favorezca así la conservación de la empresa se ha de asegurar la protección de los acreedores que conceden dicha financiación en una posible fase de liquidación posterior. La única calificación que consigue este propósito de asegurar la protección de los

²⁴⁴ Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, RJC, núm.103, vol.4, 2004, págs.1197-1214.

acreedores que conceden financiación para el plan de viabilidad es la de créditos contra la masa. Por otro lado, es claro que los créditos que financian el plan de viabilidad no son ni créditos concursales, pues merecen esta consideración únicamente los nacidos antes de la declaración de concurso, ni tampoco, por otro, se les puede considerar como créditos postconcursoales, no incluidos en la clasificación de los créditos concursales que establece la LC, ya que, si bien se trata de créditos nacidos con posterioridad a la declaración de concurso, esa calificación no cumpliría con la función de incentivar la concesión de créditos. La calificación que mejor sirve, pues, a la función del régimen de concesión de nuevos fondos es la de considerarlos como créditos contra la masa.

Esta es precisamente la calificación que viene a reconocer el legislador de la reforma de 2011 en el nuevo art.84.2.11º LC, resolviendo de esta manera la controversia que había generado el silencio de la LC al respecto. Así, según aquel precepto, en caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el art.100.5 LC tienen la consideración de créditos contra la masa. Esta calificación no ofrecía dudas cuando los créditos para financiar el plan de viabilidad nacían antes de la aprobación del convenio, puesto que se podían incluir en el grupo créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso previstos en el art.84.2.5º LC. En cambio, no era clara cuando los créditos nacían con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, si bien debían equipararse a ellos para asegurar la

consistencia del art.100.5 LC con las finalidades de la PAC²⁴⁵. De manera que debe ser bien recibido el reconocimiento expreso que introduce el legislador de la reforma en relación a los créditos destinados a financiar el plan de viabilidad.

2.1.3. Prohibición de propuestas condicionadas

La última prohibición establecida en la LC se refiere a las propuestas que sometan la eficacia del convenio a cualquier clase de condición. El art. 101.1 LC, al igual que establece el art. 103.1 LC respecto de las adhesiones que introduzcan algún tipo de condicionamiento, tiene por no presentadas las propuestas condicionadas. La justificación de la prohibición de las propuestas condicionadas debe situarse en las consecuencias que semejantes propuestas tendrían, de ser aprobadas, para los acreedores, contrarias, como seguidamente pasamos a analizar, a las finalidades de la PAC.

²⁴⁵ Algunos autores eran de la opinión que a falta de pacto sobre el tratamiento que debían recibir los créditos concedidos para financiar el plan, si bien dichos créditos no eran subsumibles en la categoría de créditos contra la masa por nacer con posterioridad a la aprobación del convenio, podían subsumirse en el ámbito de las obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o por el concursado sometido a intervención con la autorización o conformidad de la administración concursal del art.84.2.9º LC. En este sentido se pronunciaba Juana PULGAR EZQUERRA, “Comentario al artículo 100”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.974-1008, 1016-1047. Otros, en cambio, admitían la imposibilidad de encuadrarlos en las clases de créditos concursales previstas en los arts.89 a 92 LC ni en la categoría de créditos contra la masa. Era de esta opinión Ángel Vicente ILLESCAS RUS, “Comentario al art.100”, en en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico, op.cit.*, págs.505-508. Otros, por último, los asimilaban, a falta de mención al respecto en el convenio, a los créditos contra la masa pues podían equipararse a los generados por el ejercicio de la actividad profesional. Así se expresaba José María FERNÁNDEZ SEIJÓ, “Comentario al artículo 100”, en José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS y Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios a la Ley Concursal, op.cit.*, págs.1215-1216.

En la medida en que con la incorporación de una condición en el convenio las partes se proponen sujetar su eficacia al acaecimiento de un acontecimiento incierto²⁴⁶, de manera que los interesados quieren que los efectos del convenio se produzcan pero que dependan de que tenga lugar un suceso determinado sobre cuya eventual realización existe incertidumbre en el momento de celebrar el convenio²⁴⁷, parece claro que con la prohibición de incorporar a la propuesta de convenio cualquier tipo de condición el legislador busca evitar la incertidumbre que la incorporación de una condición genera a los acreedores respecto a las expectativas sobre la satisfacción de sus créditos mediante el convenio y de esta manera dotar de certeza al contenido de la propuesta de convenio.

A estos efectos, es oportuno considerar la situación en la que quedarían los acreedores del concursado, de admitirse las condiciones suspensivas y resolutorias, para comprender la protección que el legislador quiere proporcionar a los acreedores con aquella prohibición. Así, en los negocios jurídicos que incorporan una condición suspensiva, mientras no tiene lugar el acontecimiento puesto como condición, los efectos propios del contrato están

²⁴⁶ También debemos considerar afectadas por la prohibición de incorporar condiciones en la propuesta de convenio aquellas que no siendo un elemento accidental del negocio jurídico por ser incorporadas por la voluntad de las partes vienen impuestas por ley y producen las consecuencias descritas. Así, por ejemplo, cabe considerar como condición a efectos del art.101, y por tanto prohibida, aquella propuesta de convenio que contenga una conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales sin adjuntar el acuerdo de aumento de capital adoptado por la junta, o aquella otra que prevea una fusión sin aportar el acuerdo de la junta aprobando el proyecto de fusión. Al estudiar estos contenidos facultativos de la PAC volveremos sobre esta cuestión.

²⁴⁷ Vid., José Luis LACRUZ BERDEJO (et alt.), *Elementos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, vol.1, Bosch, Barcelona, 1994, págs.479-491.

pendientes de su cumplimiento y las partes del negocio tienen una simple expectativa a las posiciones jurídicas derivadas del contrato, que no se convierten en verdaderos derechos subjetivos hasta que la condición se cumple. Un convenio concursal que incorporase una condición suspensiva implicaría que el inicio de su eficacia no se situaría, como impone el art.133 LC, en la fecha de la sentencia de la aprobación del convenio sino en la de la verificación del cumplimiento del evento puesto como condición, momento éste al que deberían esperar los acreedores para saber si sus créditos son satisfechos en los términos previstos en la PAC. Esta incertidumbre sobre la verificación de la condición no satisface a los acreedores no sólo por existir la posibilidad, por remota que sea, de que el convenio aprobado no llegue a cumplirse, sino porque la espera hasta verificar el cumplimiento de la condición prolonga la duración del procedimiento concursal, en contra de lo que buscan los acreedores con el concurso, esto es una solución rápida a los problemas de solvencia del deudor que satisfaga cuanto antes sus intereses. Además, si la condición no se cumple, existe una imposibilidad de cumplir el convenio, lo cual constituye causa de apertura de la fase de liquidación, de manera que los acreedores deberían esperar a la aprobación del plan de liquidación por parte del juez para cobrar sus créditos, debiendo renunciar a una solución negociada con el deudor y soportar un procedimiento más costoso al no poder aprovechar las negociaciones sobre la PAC llevadas a cabo con el deudor.

Por su parte, en los negocios jurídicos sometidos a una condición resolutoria sus efectos se producen a partir del momento de su perfección si bien la eficacia del contrato cesa por completo cuando la condición se produce, momento en el cual

las partes pierden los derechos derivados del negocio jurídico²⁴⁸. En un convenio concursal que incorporase una condición resolutoria, los acreedores no habrían de esperar al cumplimiento de la condición para que el convenio empiece a cumplirse, pues este iniciaría sus efectos a partir de la fecha de la sentencia de su aprobación, que cesarían ante el cumplimiento de la condición. Sin embargo, la verificación de la condición resolutoria determinaría, nuevamente, la imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas con el convenio y por consiguiente la apertura de la fase de liquidación, con las mismas desventajas y los mismos costes que hemos señalado anteriormente respecto a las condiciones suspensivas: la imposibilidad por parte de los acreedores de ver satisfechos sus intereses en los términos de la PAC y la renuncia a una solución negociada con el deudor así como un procedimiento concursal más largo y, en definitiva, más costoso.

Constatamos, pues, que la prohibición de cualquier tipo de condición, bien sea suspensiva bien sea resolutoria, a pesar de restringir la autonomía privada de las partes, se muestra consistente con el resto de finalidades de la PAC, en especial con la reducción de costes del concurso, la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor y la mejor satisfacción de los acreedores, pues la incertidumbre y la provisionalidad que caracterizan a aquellos negocios jurídicos hacen aumentar los costes del concurso, en especial los consistentes en el deterioro del valor del patrimonio del concursado causado por el paso del tiempo, dificultando el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional

²⁴⁸ Vid., José Luis LACRUZ BERDEJO (et alt.), *ibidem*.

en funcionamiento e impidiendo que a través del concurso los acreedores obtengan una solución rápida, definitiva y maximizadora de sus intereses a los problemas de solvencia del deudor.

La prohibición de las propuestas condicionadas tiene, sin embargo, una excepción relativa a supuestos que no acarreen las consecuencias negativas para los acreedores anteriormente descritas. Esta excepción se refiere a los concursos conexos, concepto introducido por la Ley 38/2011 para englobar tanto los supuestos de declaración conjunta de concurso de varios deudores como la acumulación de concursos (arts.25-25 ter LC). Respecto a los primeros, el art. 25 LC permite solicitar la declaración judicial conjunta de concurso a aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una primera persona jurídica o miembros del mismo grupo de sociedades. A su vez, el acreedor puede solicitar la declaración conjunta de varios de sus deudores cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades. En todos estos casos, y en aquellos concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta, también puede solicitarse al juez la acumulación de los concursos ya declarados.

En los concursos conexos, la PAC que presente uno de los concursados puede condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros. En estos casos, pues, la eficacia de un convenio aprobado en un

concurso se hace depender de la aprobación de un convenio con un contenido determinado en otro concurso, de manera que cuando se produce la aprobación de éste se da cumplimiento a la condición a que se somete la eficacia del primer convenio²⁴⁹. Con esta excepción, cuyo fundamento es poder dar una misma o coordinada solución a los problemas de solvencia de personas naturales o jurídicas especialmente relacionadas entre sí, la LC permite que en los concursos conexos la propuesta que presente uno de los concursados se condicione a la aprobación judicial del convenio de otro u otros (art. 101.2 LC), favoreciéndose así una solución coordinada entre concursos especialmente relacionados y por tanto más favorecedora para los acreedores, en concordancia con las finalidades de la PAC, a diferencia de lo que sucede con los supuestos en que las propuestas condicionadas están prohibidas.

2.2. Contenido facultativo

Una vez estudiadas las cláusulas cuyo contenido en ningún caso puede incluirse en una propuesta de convenio por estar prohibidas, con sus respectivos límites y excepciones, pasamos, a continuación, a analizar el espacio que la LC deja a la autonomía privada de las partes. La propuesta de convenio puede incorporar

²⁴⁹ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Comentario al artículo 101”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario...*, *op.cit.*, págs.1901-1905. Según Gemma GARCÍA-ROSTÁN, esta interpretación del art.101.2 LC en el sentido de admitir que la eficacia de un convenio se condicione a la aprobación de otro puede resultar inconveniente en la práctica porque permitiría que se aprobaran judicialmente unos convenios mientras otros se están tramitando y que los primeros pudieran devenir ineficaces como consecuencia de la no aprobación de los segundos. Por ello, propone otra interpretación de aquel precepto, según la cual lo que quede sometido a condición sea, no la eficacia del convenio, sino su aprobación judicial, de modo que el juez aborde la aprobación de los diversos convenios a través de una única resolución. Vid., Gemma GARCÍA-ROSTÁN, “La acumulación de concursos”, *ADConcursal*, núm.20, 2010, págs.109-182.

varias cláusulas previstas por la LC, aunque éstas no deben entenderse como un *numerus clausus* de los posibles contenidos de la propuesta, ya que además del contenido facultativo que la LC contempla expresamente, las partes pueden incorporar a la propuesta de convenio otras cláusulas cuyo contenido, sin estar previsto por la LC, es también válido y eficaz en tanto no sean contrarias a las normas sobre el contenido de la propuesta de convenio previstas en la LC, ni, en general, a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 Cc).

Como paso previo al análisis sobre el contenido facultativo de la propuesta de convenio, abordamos el estudio del presupuesto contenido imperativo del mismo, para a continuación analizar los límites de dicho contenido, así como las excepciones a los límites, que, en el caso de la PAC, merecen un tratamiento especial, ya que aunque respecto al contenido de la propuesta de convenio rige lo que algún autor ha denominado regla de la identidad entre la PAC y la propuesta ordinaria de convenio²⁵⁰, los requisitos exigidos para excepcionar los límites fijados por la LC a las quitas y esperas son distintos.

2.2.1. El presupuesto carácter imperativo de las quitas y las esperas

Conforme a una interpretación meramente literal del art. 100.1 LC, la propuesta de convenio debe contener proposiciones de quita (vgr. convenio remisorio) o de espera (vgr. convenio dilatorio), pudiendo acumular ambas (vgr. convenio mixto). El convenio remisorio ofrece a los acreedores el pago inmediato de un porcentaje del importe nominal de sus respectivos créditos que quedarán

²⁵⁰ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio anticipado, op.cit.*,pág.22.

extinguidos en la parte a que alcance la quita (art. 136 LC). El convenio dilatorio, en cambio, supone un aplazamiento en el pago de los créditos con respecto a la fecha de sus respectivos vencimientos (art. 136 LC), a contar desde la firmeza de la resolución judicial que aprueba el convenio, subsistiendo íntegramente la obligación a cargo del deudor²⁵¹. El convenio mixto, por último, implica, simultáneamente, el pago aplazado y de un porcentaje determinado del importe nominal de los créditos²⁵².

Las proposiciones de quita y/o espera han sido el contenido típico del convenio en el Derecho concursal anterior. La LC, sin embargo, al expresarse en términos

²⁵¹ En los convenios de espera surge el problema del inicio de la espera en relación a los créditos no vencidos a la fecha de la resolución judicial aprobatoria del convenio, a partir de la cual se inician los efectos del convenio. El problema aparece cuando el convenio no prevé nada al respecto. ¿Se han de entender vencidos anticipadamente o bien respetar la fecha de su vencimiento para empezar a contar el plazo de espera fijado en el convenio? El profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO propone que el vencimiento de los créditos aún no vencidos sea el que le corresponda a cada uno y deberán satisfacerse en la fecha en la que efectivamente venzan. Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “El contenido esencial del convenio”, *op.cit.*, págs.215-231.

²⁵² Históricamente la naturaleza jurídica de la quita y de la espera ha sido una cuestión debatida en la doctrina. El interés por determinar aquella naturaleza proviene de los efectos que pueda tener una quita o una espera de un crédito respecto a las obligaciones accesorias. Así, algunos autores entienden la quita y la espera como un pacto de *non petendo*, en virtud del cual el acreedor afectado por aquellas se compromete a no exigir al deudor el importe a que asciende la quita o a no exigir el pago del crédito durante el tiempo que dure la espera. Este pacto no modifica ni nova la relación obligatoria y sólo puede ser invocado por el deudor a quien beneficia, no por los fiadores ni deudores solidarios. A favor de considerar las quitas como un pacto de *non petendo* se posiciona Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, “Comentario al artículo 135”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, *Comentario..*, *op.cit.*, vol.2, págs.2234-2243. En cambio, otros autores consideran la quita como una condonación, a pesar de que no exista *animus donandi* en los acreedores afectados por aquellas, y la espera como una dilación o aplazamiento de la exigibilidad del cumplimiento, que supone la extinción de la obligación (art.1156 Cc) y en virtud de cuyo régimen (arts. 1187-1191 Cc y remisión a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas) la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias. A favor de considerar las quitas como una condonación de la deuda, se posiciona Ángel Vicente ILLESCAS RUS, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, págs.504-505.

imperativos parece ir más allá, convirtiendo aquel contenido no sólo en típico sino en obligatorio. La literalidad de la norma parece no admitir ninguna propuesta que no contenga una proposición de quita y/o espera. Una parte de la doctrina sitúa la explicación de este aparente contenido imperativo del convenio en la insolvencia en tanto que presupuesto objetivo del concurso, puesto que cuando el deudor no tiene suficiente patrimonio para satisfacer a sus acreedores, la quita y la espera aparecen como el medio natural para dar solución a esa situación²⁵³. Esto no obstante, si bien la literalidad de la LC nos lleva a considerar la quita y/o la espera como un contenido imperativo del convenio, la cuestión no es pacífica y parte de la doctrina ha expresado su desacuerdo en este punto, esgrimiendo diversos argumentos en contra del carácter imperativo de las quitas y/o esperas. En primer lugar, se ha manifestado que la Exposición de Motivos de la LC no sigue la misma dicción que el articulado y que de ésta no se deriva el carácter imperativo de las quitas o esperas. En efecto, en el apartado VI, párrafo 6, de la Exposición de Motivos de la LC se refiere a la flexibilidad de la LC en materia de contenido del convenio y afirma que *podrá* consistir en proposiciones de quita o de espera, o acumular ambas. En segundo lugar, también se argumenta que la consideración de este contenido como imperativo dañaría la autonomía privada de las partes, al

²⁵³ En este sentido se pronuncia Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que considera que de no existir quita y/o espera podría entenderse que no existe verdadera insolvencia y que el deudor está usando fraudulentamente la figura del convenio para fines impropios. Vid., Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El convenio”, en Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (et alt.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.563-582. José María DE LA CUESTA también es de la misma opinión, aunque basa la imperatividad de las quitas o esperas en otro motivo: según este autor, este contenido imperativo ha de entenderse en el sentido de excluir la posibilidad de que un convenio concursal sea sede para una condonación de la totalidad de los créditos. Vid., José María DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio concursal...*, *op.cit.*, pág.42.

imponer un contenido que puede que no les convenga. Por último, también se considera que en casos de insolvencia inminente es poco conveniente imponer la quita y/o espera²⁵⁴.

Con todo, estas críticas no aciertan, a nuestro juicio, a identificar el verdadero problema del presupuesto carácter imperativo de las quitas y/o esperas, que no es otro que el hecho de forzar al deudor, en aquellos casos en que las quitas y/o las esperas no sean el contenido que mejor satisfaga el interés de los acreedores, en primer lugar a presentar una propuesta alternativa que incorpore por un lado el contenido realmente deseado por las partes y por otro la quita o espera obligatoria y en segundo lugar a hacer un cálculo del valor que dichas quitas y esperas deben alcanzar, puesto que de ser mínimas los acreedores optarían por ellas sin ser el contenido que resuelve los problemas de solvencia del deudor y por tanto sin ser el contenido que mejor satisface sus intereses, mientras que de superar determinados límites, previstos en el art.167.1 LC se derivarían consecuencias negativas para el deudor y de superar los límites establecidos para las quitas y esperas en el art.100.1 LC el deudor debería solicitar la autorización del juez del concurso. Comprobamos, pues, que el hecho de sostener que las quitas y/o esperas constituyen un contenido imperativo del convenio genera un coste adicional para el deudor en la preparación de la PAC, lo cual contradice claramente la finalidad de reducir los costes del concurso de la PAC y, por consiguiente, también contradice las finalidades de satisfacción de los acreedores y de promoción de la autonomía privada de las partes, como ya se

²⁵⁴ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “El contenido dilatorio y remisivo del convenio concursal y las ayudas del Estado”, RCP, La Ley, nº 1, 2004, págs.131-156.

ha apuntado. En definitiva, desde la perspectiva que nos proporciona la consistencia de la norma con las finalidades de la PAC, no puede mantenerse el carácter imperativo de las quitas y/o esperas ni, por tanto, su consideración como contenido obligatorio de la propuesta de convenio concursal²⁵⁵.

Una vez expresadas las razones por las que consideramos que las quitas y esperas también deben ser consideradas como uno más de los contenidos facultativos del convenio, por ser éste el que se muestra más acorde con las finalidades de la PAC, podemos detenernos ahora en las cuestiones que suscita la posible incorporación de quitas y/o esperas en la PAC. La primera es la relativa a la posible incorporación de quitas y/o esperas distintas entre las diferentes clases de acreedores. A nuestro parecer, y a pesar de que el art. 100.1 LC no lo contempla expresamente si bien tampoco lo prohíbe, debe admitirse la posibilidad de que las partes establezcan quitas y esperas diferenciadas para las distintas clases de créditos, adaptándose así el régimen del contenido de la PAC a las circunstancias de los diferentes grupos de acreedores dentro de la clase de los ordinarios y respetándose asimismo la promoción de la autonomía privada de las partes que persigue la PAC. El art.125 LC puede ser la norma que dé cobertura a esta posibilidad, en la medida en que permite que una propuesta de convenio atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características²⁵⁶.

²⁵⁵ Este posicionamiento viene reforzado además por la posibilidad, prevista en el art. 100.2 LC y que será objeto de análisis más adelante, de incorporar proposiciones alternativas a las quitas y a las esperas.

²⁵⁶ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “El contenido esencial..”, *op.cit.*, págs.225-226.

Si admitimos la posibilidad de incluir en la PAC quitas y esperas diferentes para determinados acreedores o grupos de acreedores, y en especial quitas y esperas diferentes entre los acreedores ordinarios, debe pensarse en qué sucede con los acreedores subordinados, pues a éstos se aplican las mismas quitas y esperas que a los ordinarios y los plazos de espera computan, en su caso, a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos (art. 134.1 LC). Por tanto, la cuestión a resolver es determinar qué quitas y esperas deben aplicarse a los acreedores subordinados en caso de existir en la propuesta diferentes quitas y esperas entre los acreedores ordinarios. Si tenemos en cuenta que los créditos subordinados son aquellos créditos que merecen ser postergados tras los ordinarios y no ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos todos los créditos ordinarios (art. 158 LC), parece acorde con esta postergación en el pago de los créditos concursales que los acreedores subordinados queden afectados por las mismas quitas y esperas establecidas para los acreedores ordinarios de peor condición o que no gocen de ningún trato singular²⁵⁷. Una solución distinta provocaría un mejor trato a los acreedores subordinados que a los ordinarios de peor condición y se produciría una transferencia del valor destinado a la satisfacción de los acreedores ordinarios hacia la satisfacción de los subordinados, incompatible con la prohibición del art.100.3 LC de alterar la clasificación de los créditos concursales. Prohibición que, como vimos²⁵⁸, impide que el contenido de la PAC altere la prelación en el pago de los acreedores fijada por la LC.

²⁵⁷ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *ibidem*.

²⁵⁸ Vid. *supra*, págs.192-200.

La segunda cuestión es la relativa a los incentivos que incorpora la LC para que el convenio contenga quitas y esperas que no superen ciertos límites. Tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la LC²⁵⁹, la LC prima las propuestas de convenio que menos sacrificio comportan a los acreedores y, en especial, desincentiva la inclusión de quitas o esperas elevadas. Lo hace, en primer lugar, a través del art.167.1 LC, que establece que cuando se apruebe un convenio con una quita inferior a un tercio del importe de los créditos de todos o de una o varias clases de acreedores, o una espera inferior a tres años no se procederá, excepcionalmente, a la formación de la sección de calificación del concurso, salvo que el convenio resulte incumplido. Esta norma ha sido introducida por la Ley 38/2011, que ha sustituido la regla que establecía la formación de la sección de calificación en caso de convenio únicamente cuando este superaba aquellos topes mencionados por la que ordena la sección de calificación siempre que se apruebe un convenio, excepto en aquellos casos de aprobación de convenios con contenidos poco gravosos. Este incentivo al deudor consistente en no formar la sección de calificación si alcanza con sus acreedores un convenio poco gravoso nos parece criticable, puesto que el pacto de quitas o esperas que superen los topes mencionados y por tanto supongan la formación de la sección de calificación nada demuestra sobre la conducta del deudor y menos si aquellas son aceptadas por la mayoría de los acreedores, cuando resulten ser la solución que les aporta una mayor satisfacción.

²⁵⁹ Vid., apartado VI, párrafo octavo, de la Exposición de Motivos de la LC.

Y, en segundo lugar, desincentiva la inclusión de quitas o esperas elevadas a través del art.124.II LC, que fija una mayoría especial si la propuesta consiste en el pago íntegro de los créditos ordinarios en un plazo no superior a tres años, o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con una quita inferior al veinte por ciento, en cuyo caso es suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra, norma que nos parece igualmente criticable, porque incentiva al deudor a incluir quitas y esperas inferiores a aquellos límites para asegurarse la aceptación de la PAC sin ser necesariamente el contenido que sirva para resolver los problemas de solvencia del deudor.

A) Límites a la quita y a la espera

La LC no permite pactar cualquier quita o espera, sino que fija unos límites al establecer que las propuestas de quita no pueden superar la mitad del importe de cada uno de créditos ordinarios, ni las de espera los cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio (art. 100.1 LC). La imposición de estos límites a las quitas y a las esperas suscita un primer interrogante sobre los créditos a los que afectan.

El art. 100.1 LC hace referencia únicamente a los créditos ordinarios. Sin embargo, en virtud del art.134.1, II LC, los acreedores subordinados quedan afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, lo que puede entenderse como la sujeción de los créditos

subordinados a los mismos límites en las quitas y esperas que los ordinarios²⁶⁰. Con la referencia exclusiva a los créditos ordinarios parece, por tanto, que lo que el legislador persigue no es excluir a los subordinados sino excluir de las limitaciones temporales y cuantitativas a los créditos privilegiados, permitiendo que los acreedores privilegiados se adhieran o voten a favor de una propuesta de convenio que contenga quitas superiores al 50% y esperas de más de 5 años por lo que a sus créditos con carácter privilegiado respecta pero sin que esa decisión afecte a los acreedores ordinarios. De asumir esta interpretación, sin embargo, aparece una contradicción, en relación a los acreedores públicos, con la normativa sectorial que regula la intervención de las Administraciones Públicas en la celebración de un convenio concursal. Así, los arts. 10.2 LGP²⁶¹ y 164.4 LGT²⁶² prevén que la Hacienda Pública pueda suscribir de conformidad con el deudor y con las garantías oportunas, unas condiciones singulares de pago, siempre y cuando no sean más favorables para el deudor que las recogidas en el

²⁶⁰ A pesar de ser créditos cuyo pago queda postergado hasta la íntegra satisfacción de los créditos ordinarios y no tener derecho de voto, los créditos subordinados no dejan de ser créditos concursales y, por tanto, también deben ser atendidos con cargo a los bienes y derechos de la masa activa del concurso, de manera que el fundamento de la imposición de los límites a las quitas y esperas, que veremos a continuación, es aplicable también a estos. De lo contrario cabría la posibilidad, en la medida en que los acreedores subordinados no tienen derecho de voto, que se pactasen en la propuesta de convenio quitas tan elevadas que implicasen la práctica remisión de los créditos subordinados. En este sentido, vid. Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 100”, págs. 778-779.

No es de esta opinión, sin embargo, Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, quien cree que los límites a las quitas sólo se proyectan sobre los créditos ordinarios, sin que pueda invocarse la norma del art. 134.1.II LC por tratarse únicamente de una regla por defecto, según la cual a falta de previsión expresa, los créditos subordinados se sujetan a las mismas quitas y esperas que los ordinarios. Vid., Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, “El crédito por intereses en el concurso de acreedores”, RCP, núm.2, 2005, págs.235-254.

²⁶¹ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

²⁶² Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial²⁶³. Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 24 LGSS²⁶⁴, en virtud del cual la Tesorería General de la Seguridad Social puede suscribir en el curso de los procesos concursales los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no sean más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Por tanto, de la normativa reguladora de los derechos de crédito de que sea titular la Hacienda Pública Estatal y la Seguridad Social parecería derivarse la aplicación de los límites a las quitas y esperas referidos a los créditos ordinarios y subordinados también a los créditos públicos privilegiados²⁶⁵. La solución de

²⁶³ Esta contradicción entre la normativa concursal y la normativa aplicable a los acreedores públicos ha llevado a la doctrina a aplicar preferentemente esta última en base a un criterio de especialidad, entendiendo que si las condiciones a que se someten sus créditos no pueden ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de acreedores, los límites del art.100.1 LC operan no sólo respecto de créditos ordinarios y subordinados, sino también frente a los créditos de titularidad pública de Hacienda y Seguridad social para evitar, de esta manera, que las quitas y esperas concedidas por la Administración tributaria puedan considerarse como ayudas de Estado prohibidas por la normativa comunitaria. En este sentido, vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas de Estado”, *op.cit.*, págs.145-156, para quien, si bien las quitas de los créditos públicos no pueden considerarse de forma general ayudas de Estado, podrían ser calificadas como tales si no superan el test del acreedor prudente en una economía de mercado, que determinaría que el convenio proporcionase una mayor recuperación del crédito que la liquidación. Al respecto vid. también Petra M^a THOMÀS PUIG, *La posición de la administración tributaria y el crédito tributario en el proceso concursal*, La Ley, Madrid, 2011, págs.137-138.

²⁶⁴ Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²⁶⁵ Vid. Luis Manuel OLIVENCIA BRUGGER, “El comportamiento de los acreedores públicos en los procedimientos concursales y ayudas estatales. Análisis de la Ley Concursal a la luz de las decisiones de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, *op.cit.* págs. 3819-3837, y Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE, *Administraciones públicas y Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2006, pág.183.

esta cuestión, cuya relevancia práctica reside en determinar si una quita o una espera que exceda los límites del art. 100.1 LC y que afecte a los acreedores privilegiados adheridos al convenio debe ser autorizada por el juez del concurso, como sucede en el caso de los créditos ordinarios y veremos en el siguiente apartado, o bien no es necesaria aquella autorización puesto que no les son de aplicación aquellos límites, debe pasar por identificar el fundamento de los límites a las quitas y las esperas, cuestión que abordamos seguidamente y que permite excluir a los créditos privilegiados de la aplicación de los límites a las quitas y esperas.

En una primera aproximación, parecería que el establecimiento de límites a las quitas y esperas responde por parte del legislador a la necesidad de fijar unos parámetros dentro de los cuales permitir a las partes acordar la conservación de la empresa y fuera de ellos proceder a la liquidación del patrimonio del deudor, basados en la configuración de un estándar de empresa conservable que determine de manera general y apriorística cuándo se debe conservar y cuándo liquidar una empresa, todo ello para concretar mínimamente las condiciones económicas y jurídicas que se entienden esenciales para mantener la empresa en funcionamiento y evitar que la conservación consista en meras decisiones de salvación indiscriminada de empresas²⁶⁶. Así, los límites a las quitas y esperas marcarían la frontera entre aquellas empresas que tienen posibilidades de ser conservadas y aquellas que no, puesto que si el deudor necesita incorporar quitas de más del 50% del importe de cada uno de los créditos o esperas de más

²⁶⁶ Esta idea del estándar de empresa conservable se encuentra desarrollada en Joaquín BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis...*, *op.cit.*, págs.297-303.

de 5 años es muy probable que no sea viable la conservación de la empresa²⁶⁷, y, por ende, determinaría qué convenios pueden aprobarse, obtenida la mayoría legalmente exigida para su aceptación, sin contar con el consentimiento de todos y cada uno de los acreedores ordinarios y subordinados cuyos créditos se ven necesariamente afectados por el convenio y que quedan suficientemente protegidos con los límites a las quitas y las esperas²⁶⁸. De acogerse esta interpretación, los límites a las quitas y esperas deberían imponerse a todos los créditos, incluidos los privilegiados.

En nuestra opinión, sin embargo, la supuesta racionalidad expuesta, sobre la que descansaría la imposición de los límites a las quitas y las esperas, no resulta consistente con las finalidades de la PAC. La razón de esta inconsistencia se encuentra en el concepto de viabilidad de la empresa, concepto al que está íntimamente ligada la idea de empresa conservable, ya que el plan de viabilidad debe presentarse junto con la propuesta de convenio únicamente en aquellos supuestos en que ésta prevea contar con los recursos que genere la continuación de la actividad empresarial para atender al cumplimiento del convenio

²⁶⁷ Según José María FERNÁNDEZ SEIJÓ, los límites a las quitas y esperas pretenden evitar convenios que por su proyección en el tiempo se hacen incontrolables o suponen renunciaciones poco razonables (*sic*) para los acreedores. Vid., José María FERNÁNDEZ SEIJÓ, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, pág.1207. Por su parte, según Edorta HERRERA CUEVAS, los límites se introducen con un afán de reforzar la ética del procedimiento, en protección de los derechos de los acreedores frente a la connivencia de algunos con el deudor, o a las maquinaciones discriminatorias de éste, sin duda, por el rechazo de los usuales abusos que se comprueban en la práctica forense. Vid., Edorta HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma concursal*, *op.cit.*, págs.230-233.

²⁶⁸ Los acreedores privilegiados, al no quedar afectados por el convenio a menos que se adhieran o voten a su favor, no serían objeto de las cautelas derivadas del estándar de empresa conservable, lo cual explicaría que no les sean de aplicación los límites a las quitas y a las esperas del art.100.1 LC.

(art.100.5 LC). Como veremos en sede de documentación de la PAC al tratar del plan de viabilidad, el concepto de viabilidad en el que se fundamenta la finalidad conservativa del convenio y que justifica la recuperabilidad de la empresa concursada no tiene que ver con que los recursos obtenidos por la empresa sean superiores a su pasivo, como se derivaría del estándar de empresa conservable que sustenta los límites a las quitas y las esperas al negar la capacidad de la empresa que necesite quitas superiores al 50% o esperas de más de 5 años para generar beneficios suficientes que justifiquen por sí mismos su conservación, sin poner en comparación estos beneficios con los que se obtendrían de la liquidación. El concepto de viabilidad tiene que ver, por el contrario, con que el mantenimiento de la empresa en funcionamiento sea la solución que maximiza la satisfacción de los acreedores. En otras palabras, la máxima satisfacción de los acreedores y la conservación de la empresa pueden verse impedidas por los límites a las quitas y las esperas, ya que si aquella exigiese una espera superior a los 5 años o una quita superior al 50% del crédito, la empresa concursada se vería abocada a la liquidación de no encontrar un contenido alternativo a la quita o espera. Y la fijación de estos límites en absoluto asegura que la satisfacción de los acreedores obtenida mediante un plan de liquidación aprobado en fase de liquidación sea superior a la de una propuesta de convenio con quitas y/o esperas superiores al 50% o de más de 5 años respectivamente²⁶⁹.

²⁶⁹ Vid., José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal...*, *op.cit.*, pág.50.

Lo expuesto hasta aquí nos lleva a concluir que la intervención que el legislador opera en el contenido del convenio mediante la limitación de las quitas y esperas que las partes pueden pactar no queda justificada y supone un obstáculo, como hemos visto, a la consecución de las finalidades que tiene asignadas la PAC con respecto a la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor y a la satisfacción de los acreedores. Asimismo, contradice también la finalidad de promover la autonomía privada de las partes, lo que resulta muy evidente si se piensa en que por un lado el legislador no les permite negociar libremente su contenido pero, por el otro, en cambio deja en manos de los acreedores la decisión sobre la aprobación del convenio, incluso cuando el juez autoriza, en los casos que seguidamente veremos, la superación de aquellos límites²⁷⁰. Por esta razón, los límites a las quitas y las esperas no deberían ser de aplicación a los créditos privilegiados, como tampoco deberían serlo al resto de créditos.

B) Excepción a los límites

La LC concede al juez la facultad de autorizar motivadamente la superación de los límites a la quita y espera previstos en el art. 100.1 LC en dos supuestos. El primer supuesto está previsto en caso de propuesta ordinaria de convenio (art. 100.1 LC, apartado 2) y el segundo en caso de PAC (art. 104.2 LC). Aunque el objeto de nuestro trabajo es la PAC, en esta cuestión debemos también hacer

²⁷⁰ Así, si el juez autoriza la superación de los límites y la propuesta de convenio acaba incluyendo quitas superiores al 50% o esperas de más de 5 años, son los acreedores los que deciden, a través de su voto, adhesión o rechazo, si aquél contenido satisface sus intereses, de igual manera que si aquellos límites no existieran.

referencia a la propuesta ordinaria de convenio con el propósito de entender las razones que fundamentan la excepción a los límites en un caso y en el otro.

En el caso de la propuesta ordinaria de convenio, excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el juez puede autorizar motivadamente la superación de los límites a las quitas y/o esperas (art. 100.1.II LC)²⁷¹. El hecho de que la excepción a los límites opere sólo en caso de empresa con una actividad de especial trascendencia para la economía revela que la norma en cuestión constituye un instrumento de protección de intereses que van más allá de la máxima satisfacción de los acreedores, como puede ser los vinculados a los puestos de trabajo que pueden perderse si se procede a la liquidación de la empresa concursada²⁷². En cambio, la excepción a los límites de las quitas y las esperas

²⁷¹ Esta norma ha sido modificada por el Real Decreto-ley 3/2009 al eliminar la exigencia de acompañar informe de la Administración económica competente para que el juez pudiese autorizar la superación de los límites. Se entiende que esa modificación responde a la necesidad de simplificar y facilitar la superación de los límites, si bien, como ya ha apuntado algún autor, lo razonable hubiese sido suprimir la limitación misma, que atenta contra la autonomía privada y reduce las posibilidades de conservación de la empresa. En este sentido, vid. Emilio BELTRÁN, “La reforma – inarmónica- de la Ley Concursal”, AJA, nº 775, 14 de mayo de 2009, págs.1-7.

²⁷² En este sentido, vid., Eduardo GALÁN CORONA, “El convenio...”, *op.cit.*, pág.338. Esta protección de intereses “sociales” hace pensar que la excepción a los límites de las quitas y las esperas incidirá especialmente en los créditos públicos. Es por ello que la excepción a los límites que el juez puede autorizar en el caso de la propuesta ordinaria puede llegar a topar con limitaciones que provienen del Derecho de la competencia, en la medida en que una quita muy elevada que afecte a créditos públicos puede acabar convirtiéndose en una ayuda pública. Vid., Luis Gonzaga SERRANO DE TOLEDO, “Especialidades del tratamiento de la Administración Pública en la Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal*, *op.cit.*, t.III, págs.3245-3277, y Juana PULGAR EZQUERRA, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, págs.1016-1047.

Sin embargo, las decisiones de la Comisión en supuestos de empresas en situación de insolvencia que afectaban al mercado común se ha pronunciado con cierta

propia de la PAC se aleja de los motivos que justifican la excepción en el caso de la propuesta ordinaria²⁷³. Aquella está regulada en el art. 104.2 LC y, en virtud del mismo, cuando la PAC cuente con los recursos que genere la continuación de la actividad empresarial o profesional para el cumplimiento del convenio, el juez puede autorizar la superación de los límites fijados para el contenido del convenio siempre y cuando el plan de viabilidad así lo contemple.

En una primera aproximación inmediatamente se aprecia una relajación en los requisitos exigidos para superar los límites sobre las quitas y las esperas en el caso de la PAC. Mientras que para excepcionar los límites en caso de propuesta ordinaria de convenio la LC exige que ésta se refiera a una empresa con una actividad de especial trascendencia para la economía y que así lo contemple el plan de viabilidad, el art. 104.2 LC exige solamente contar con los recursos que genere la continuación de la actividad empresarial o profesional para el cumplimiento del convenio y que así lo prevea el plan de viabilidad, sin necesidad de que la propuesta se refiera a una empresa con una actividad de especial trascendencia para la economía para superar los límites a las quitas y a las esperas que la LC establece. Aunque esta menor exigencia de requisitos en el caso de la PAC respecto a la propuesta ordinaria de convenio puede entenderse

permisividad en el sentido de aceptar quitas muy elevadas a créditos públicos (Decisiones TUBACEX, GEA, PONSAL, etc.). Para un análisis de decisiones de la Comisión y del TJCE, vid. Luis Manuel OLIVENCIA BRUGGER, “El comportamiento de los acreedores públicos...”, *op.cit.*, especialmente págs. 3821-3828.

²⁷³ Con todo existe alguna posición doctrinal en desacuerdo, por entender que el art. 104.2 LC se ha de integrar con los arts. 100.1.2 y 100.5 LC y se ha de considerar que el art. 104.2 LC también se refiere a empresas con una actividad de especial trascendencia para la economía. Es partidario de esta interpretación Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 104”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.801-806.

como un incentivo para la presentación de la PAC, la justificación de esta diferencia de trato entre la PAC y el convenio ordinario ha de vincularse al presupuesto objetivo del concurso. Y es que, como ya hemos afirmado y justificado en reiteradas ocasiones en relación al presupuesto objetivo del concurso en el caso de PAC, la situación más apropiada para presentar una PAC es la de insolvencia inminente, situación de menor gravedad financiera, en que los acreedores tienen más opciones de obtener una satisfacción óptima de sus créditos. En esta situación existen suficientes garantías para los acreedores como para ampliar el margen de la autonomía privada de las partes y permitir la superación de los límites impuestos con mayor facilidad si eso es lo que las partes quieren.

Conforme a estas consideraciones, la interpretación de la norma que patrocinamos y que permite excepcionar los límites a las quitas y esperas de la PAC siempre que el plan de viabilidad lo prevea, se trate o no de una empresa de especial trascendencia para la economía, creemos que es consistente con las finalidades de promocionar la autonomía privada de las partes, de satisfacción de los intereses de los acreedores y de conservación de la actividad empresarial o profesional que el legislador asigna a la PAC. Además, dicha interpretación nos lleva a cuestionar, de nuevo, la norma relativa a los límites. Y es que si en el caso de la PAC se permite a los acreedores aceptar una propuesta de convenio que establezca quitas y/o esperas superiores a los límites establecidos, porque se presupone que se están satisfaciendo los intereses de los acreedores, no se entiende por qué este presupuesto se admite en la propuesta ordinaria de convenio sólo en los casos en que la empresa concursada es de especial

trascendencia para la economía. Por otro lado, hemos visto como tanto en el caso de la PAC como de la propuesta ordinaria, las excepciones se vinculan a su justificación en el plan de viabilidad, lo cual indica que es ésta, la viabilidad de la empresa, y no la trascendencia económica de la concursada o las cautelas del legislador reflejadas en los límites a las quitas y esperas, la que en última instancia debe determinar si el contenido de la propuesta de convenio sirve para satisfacer o no a los acreedores.

2.2.2. Conversión de los créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos

Cuando el concursado sea una sociedad, la propuesta de convenio puede contener ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos (art.100.2 LC). Se trata de dos tipos de operaciones distintas, por un lado la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, y por otro la conversión de créditos en créditos participativos, que plantean cuestiones también distintas y que por ello pasamos a examinar separadamente.

En primer lugar, y por lo que respecta a la primera operación, ésta consiste en la capitalización de la deuda de la sociedad concursada mediante la conversión de los créditos concursales en acciones, participaciones o cuotas sociales, operación que supone la extinción de la relación obligacional inicial existente entre aquella y su acreedor mediante la entrega de acciones (si la sociedad concursada es una sociedad anónima –art.1.3 Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital,

aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante LSC- o sociedad comanditaria por acciones –art.1.4 LSC-), participaciones (si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada –art.1.2 LSC) o cuotas sociales (si es una sociedad colectiva –art.140 C.com- o comanditaria simple –art.148 C.com-) en sustitución de la prestación debida originariamente y el nacimiento posterior de una nueva relación de socio²⁷⁴. De esta manera, el acreedor titular del crédito concursal afectado por la conversión deviene socio de la sociedad concursada y pasa a participar del riesgo empresarial de ésta²⁷⁵, asumiendo la circunstancia, en su caso, de que el valor real de las acciones, participaciones o cuotas adquiridas no llegue a ser equivalente al valor nominal del crédito convertido. Y es que el cumplimiento del convenio, en cuanto a este contenido se refiere, se produce con la adquisición por parte del acreedor de la titularidad de las acciones, participaciones o cuotas y no con la recuperación del valor de éstas.

El interés de los acreedores en esta operación, y que les lleva a asumir aquel riesgo, depende, al igual que sucede en el resto de contenidos de la PAC, de la

²⁷⁴ Es discutida en la doctrina la naturaleza jurídica de la conversión del crédito en acciones: una novación, una dación en pago, una confusión o un supuesto especial de compensación. Sobre estas diferentes teorías, vid. Juan Luis IGLESIAS PRADA, “Sobre el aumento de capital por compensación de créditos”, AAMN, tomo XXIII, 1994, págs.203-248. En la doctrina concursal, se decantan por la consideración de la conversión como una compensación Nuria BERMEJO, “Comentario al artículo 135”, *op.cit.*, 2244-2248, y Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (Consideraciones en torno al auto del Juzgado de lo Mercantil núm.7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S.A.)”, RCP, núm.10, 2009, págs.279-293, consideración que no entraría en contradicción, según los autores, con el art.58 LC.

²⁷⁵ Vid., María de la Sierra FLORES DOÑA, “Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo”, *op.cit.*, págs. 4527-4549.

viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. En este sentido, los acreedores fundamentan su decisión de aceptar la conversión de sus créditos en las expectativas de que el valor real de las acciones, participaciones o cuotas sociales de la sociedad concursada llegue a ser igual o superior al valor nominal de sus créditos. Es claro que si existen posibilidades de que la sociedad obtenga resultados que revelen semejante situación, en que las acciones, participaciones o cuotas alcancen aquel valor, la actividad empresarial o profesional del deudor es viable y por tanto el contenido de la conversión satisface claramente los intereses de los acreedores. Por otro lado, esta vinculación entre la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales y la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor pone en evidencia que esta operación, que no persigue otro resultado que la disminución del pasivo exigible de la sociedad transformando determinados recursos ajenos en recursos propios, está dirigida fundamentalmente a conservar las empresas que, a pesar de sufrir una crisis financiera, sean viables económicamente, por lo que se supone un contenido consistente con la finalidad de conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor asignada a la PAC. Además, reduce los costes de transacción que semejante operación acarrearía de realizarse fuera del concurso, al tener que negociar la sociedad deudora con un grupo heterogéneo y amplio de acreedores, y que pueden superar a los del propio concurso mediante PAC, lo que contribuye nuevamente a satisfacer los intereses de los acreedores²⁷⁶.

²⁷⁶ Vid. Francesco FIMMANÒ, “L’allocazione efficiente dell’impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, *Rivista delle società*, 2010, págs.57-112.

Para llevar a cabo esta operación, es necesario el acuerdo unánime de todos los socios para modificar el contrato social en caso de que la concursada sea una sociedad colectiva o comanditaria simple (arts.143 y 148 Ccom y 212 RRM), o en el caso de sociedad comanditaria por acciones, anónima y limitada el acuerdo de aumento del capital social tomado en la junta general de socios (art.296 LSC), que se realiza por compensación de créditos (art.301 LSC)²⁷⁷. Lógicamente el acuerdo de aumento de capital debe excluir el derecho de suscripción preferente para poder dar entrada a los acreedores de la sociedad concursada, cumpliendo los requisitos del art.308 LSC²⁷⁸. Además, si la sociedad deudora está en una situación tal que la cifra del patrimonio es inferior a la cifra mínima legal, la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales se debe llevar a cabo en el marco de una operación acordeón, con lo cual en primer lugar se reestablece el equilibrio entre patrimonio y capital social, reduciendo el capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y, simultáneamente, se procede a la ampliación del capital de la sociedad hasta una cantidad igual o superior a dicha cifra (arts.343-345 LSC).

²⁷⁷ Vid., Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, “Comentario al artículo 100”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios...*, op.cit., vol.1, págs.1139-1170.

²⁷⁸ En relación con este posible contenido del convenio, la Disposición Final duodécima LC añade el núm.19 al art.45.I.B del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que exime del ITPAJD las ampliaciones de capital realizadas por personas jurídicas declaradas en concurso para atender una conversión de créditos en capital establecida en un convenio aprobado judicialmente conforme a la LC.

Así, es claro que para que el convenio que contenga una conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales pueda desplegar sus efectos debe adoptarse previamente el acuerdo de aumento de capital en junta. En la medida, pues, en que la eficacia del convenio se hace depender de la existencia de aquel acuerdo, nos vemos obligados a determinar si el acuerdo de la junta necesario para poder efectuar la conversión debe concluirse antes de la presentación de la PAC a los efectos de no incurrir en la prohibición de las propuestas condicionadas del art.101 LC y evitar que, tal como el precepto establece, se tenga la PAC por no presentada o bien puede adoptarse con posterioridad a la aceptación de la PAC²⁷⁹. En la doctrina los posicionamientos son diversos y mientras algunos autores consideran que aquel acuerdo debe existir con anterioridad a la aceptación del convenio por parte de los acreedores²⁸⁰, otros autores entienden que la exigencia del acuerdo no entra dentro de la prohibición del art.101 LC sino que constituye un elemento propio del cumplimiento del convenio y por tanto no es imperativo aportar dicho acuerdo en el momento de la presentación sino que puede obtenerse una vez aprobado el convenio²⁸¹.

²⁷⁹ La misma cuestión se suscita en los contenidos de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo. Vid. *infra*, págs.227-228. Y también, en relación a este último contenido, vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, RCP, núm.14, 2011, págs. 151-170.

²⁸⁰ En relación a la fusión y la escisión pero con razonamientos que pueden reproducirse en sede de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, La Ley, núm. 7265, 20 de octubre de 2009, págs.10-12.

²⁸¹ Algunos autores consideran la exigencia del acuerdo de la junta, al no tratarse de un elemento accidental del convenio que depende de la voluntad de las partes, prohibido por el art.101 LC, sino de un acontecimiento al que se somete la eficacia del convenio que existe al margen de la voluntad de las partes, una *conditio iuris* o presupuesto de la eficacia del negocio jurídico, que debe estar presente en todo caso y que por dicha razón no entra dentro de la prohibición del art.101 LC. En consecuencia, no es imperativo aportar dicho acuerdo en el momento de la presentación sino que

Según la noción de condición que adoptamos al analizar la prohibición de las propuestas condicionadas²⁸², ciertamente la PAC que incorpora una conversión de créditos concursales que exige, después de su aprobación, el acuerdo de la junta de socios de la sociedad concursada para iniciar su eficacia está sometida a condición y, por tanto, para poder incorporar válidamente aquella conversión el acuerdo de la junta debería ser previo a la aceptación de la PAC. Ahora bien, esta interpretación acogida genera igualmente dudas acerca de la acomodación del régimen de este contenido facultativo de la PAC al art.101 LC. En este sentido, si, como defendemos, el acuerdo de aumento de capital se tiene que incorporar a la PAC, la ejecución del aumento resultaría condicionada, en este caso a la aprobación de la PAC, y podría entenderse que la PAC, al incluir un aumento condicionado, deviene igualmente contraria al art.101 LC²⁸³. Aún así, nos seguiría pareciendo que la opción a cumplir por el deudor, por ser la que

puede obtenerse una vez aprobado el convenio. En este sentido se manifiesta Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales...”, *op.cit.*, págs.292-293, quien entiende la adopción del acuerdo de la junta como un elemento integrante del cumplimiento del convenio y no como un condicionante de su eficacia, de manera que su falta de adopción en sede de ejecución del convenio legitima a cualquier acreedor afectado por la conversión a solicitar la declaración de incumplimiento del convenio.

²⁸² Vid. *supra*, págs.200-205.

²⁸³ Si bien es importante determinar si el acuerdo ha de ser previo o no a la aceptación de la PAC para delimitar los requisitos que el deudor debe cumplir en la presentación de la PAC a fin de que esta sea admitida a trámite, la discusión acerca de esta cuestión deviene nominal si tenemos en cuenta que las consecuencias de acoger una u otra interpretación pueden acabar siendo las mismas. Así, si se considera que el aumento de capital incorporado a la PAC no implica la presentación de una PAC condicionada (o bien entendemos que sí pero es una opción que sirve de mejor manera a las finalidades de la PAC que la otra) y se aprueba una PAC con el acuerdo ya adoptado, podría suceder que, una vez aprobada la PAC, el aumento no acabe ejecutándose y se produzca el incumplimiento del convenio. Incumplimiento que también se produce cuando con posterioridad a la aprobación de una PAC que incluya una conversión cuya eficacia esté condicionada a la adopción del acuerdo de aumento de capital dicho acuerdo no se acabe concluyendo. En definitiva, en estos supuestos planteados se procedería a la apertura de la fase de liquidación.

mejor respeta las finalidades de la PAC, es la de considerar el acuerdo de la junta una exigencia previa a la aceptación de la PAC, que debe acompañar a la presentación de la PAC. Principalmente sirve a la reducción de costes concursales y a la satisfacción de los acreedores en primer lugar y a la promoción del convenio en segundo lugar. Así, si el acuerdo de la junta acompaña a la presentación de la PAC, ésta puede iniciar sus efectos tan pronto es aprobada por el juez, siendo la duración del procedimiento concursal menor que en el supuesto en que el acuerdo de la junta se concluyese con posterioridad a la aprobación de la PAC, en cuyo caso los efectos se iniciarían no después de la aprobación de la PAC sino después del acuerdo de la junta. De esta manera también se demora la satisfacción de los acreedores. Por otro lado, el incumplimiento del suceso puesto como condición en uno y otro caso genera efectos distintos y hacen más consistente con las finalidades de la PAC el acuerdo de la junta previo a la aceptación de la PAC. Así, si el acuerdo acompaña a la PAC pero ésta finalmente no es aceptada, aún podrían someterse a la consideración de los acreedores otras propuestas de convenio, lo cual favorece la solución de convenio. En cambio, si el acuerdo no se presenta con la PAC y, después de ésta aprobarse, el acuerdo no se acaba concluyendo, existe incumplimiento del convenio y causa de apertura de la fase de liquidación.

Otra de las cuestiones que este contenido facultativo de la propuesta de convenio ha suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia es si la conversión puede constituir el único contenido de la PAC o bien sólo puede presentarse como un contenido alternativo a una quita y/o espera, opción esta última que exigiría para su validez la voluntad expresa de cada uno de los acreedores

afectados por la conversión y que además impediría, en opinión de la doctrina²⁸⁴, que la conversión fuese el contenido alternativo aplicable en caso de falta de ejercicio por parte de los acreedores de la facultad de elección²⁸⁵. La doctrina se muestra dividida en este punto, aunque la mayoría entiende la conversión de créditos como una proposición alternativa y no acepta la posibilidad de que se erija en el único contenido de un convenio²⁸⁶. La dicción literal del art.100 LC al establecer que la propuesta de convenio *podrá contener, además* (de la quita o la espera), *proposiciones alternativas, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos*, sin duda contribuye a aquella interpretación mayoritaria, aunque el argumento fundamental en que se basa el rechazo doctrinal a la admisión de la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales como contenido único del convenio es que no se puede obligar a un acreedor a convertirse en socio de la empresa concursada²⁸⁷. No puede

²⁸⁴ Vid., Ignacio y Víctor MARROQUÍN SAGALÉS, *La Nueva Ley Concursal. Comentarios y formularios*, Dijusa, Barcelona, 2003, pág.551.

²⁸⁵ Esta es la problemática que plantea el AJM núm.7 de Madrid de 28 de julio de 2008, que inadmite a trámite la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S.A. por infracción legal de su contenido al estimar que el contenido de la propuesta presentada infringe el art.100.2 LC que concibe la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales únicamente como posible contenido de una propuesta alternativa y por tanto necesitada del consentimiento individual de los acreedores afectados, que no se prevé en la propuesta presentada. Para un comentario sobre este auto, vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones...”, *op.cit.*, págs.283-284.

²⁸⁶ Vid. por todos, Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones...”, *op.cit.*, págs.287-292.

²⁸⁷ Vid. por todos, Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Comentario al artículo 100”, en en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario op.cit.*, págs.1870. También se acude al Derecho comparado y en especial a la InsO alemana, que en su art.230.2 establece que “si los acreedores deben recibir derechos sociales o de participación en una persona jurídica, una unión sin capacidad jurídica o una sociedad sin personalidad jurídica, en el plan debe incluirse la

compartirse este argumento, que podría hacerse extensivo al resto de contenidos del convenio²⁸⁸, puesto que la criticada imposición a los acreedores de la condición de socio de la empresa concursal no es debida a que la conversión de créditos concursales en acciones, participaciones o cuotas sociales se erija en el único contenido de un determinado convenio sino que responde a la propia naturaleza del convenio concursal, que afecta, una vez aceptado por la mayoría de acreedores y aprobada por el juez del concurso, a todos los acreedores subordinados y ordinarios, aunque no hayan prestado su consentimiento a favor del mismo, rasgo del convenio cuya razón de ser ya quedó explicada al tratar del concepto y naturaleza jurídico del convenio concursal y que surge para dar solución al problema de acción colectiva ante una situación de insolvencia de un deudor con varios acreedores y permitir que el procedimiento concursal cumpla su función²⁸⁹. Además, desde nuestro análisis de la consistencia del régimen jurídico de la PAC con sus finalidades, la posibilidad de que una PAC incorpore como contenido único la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales nos parece admisible y especialmente acorde con la finalidad de promover la autonomía privada de las partes, puesto que de lo contrario se estaría imponiendo una restricción a esta que la ley no contempla expresamente y que no se justificaría en base a la consecución de la función del concurso, puesto que la conversión de créditos

manifestación aprobatoria de cada uno de estos acreedores”. Vid., Francisco Javier ARIAS VARONA, “Traducción de la Ley alemana de Insolvencia”, CDC, núm.20, 1996, pág.277.

²⁸⁸ Así, podría criticarse igualmente que se obligue a los acreedores que no se han adherido o han votado a favor de la PAC a aceptar una quita superior al 50% de sus créditos o a cobrar su crédito de otro deudor.

²⁸⁹ Vid. *supra*, págs.31-32.

podría proporcionar, como único contenido de la PAC, una mejor satisfacción a los acreedores que el resto de contenidos posibles. Así, no cabe descartar que este contenido resulte más beneficioso para los acreedores, por ejemplo, que una quita superior al 50% y/o una espera superior a 5 años, contenido admitido, como hemos visto, si el juez así lo autoriza. No se entiende, entonces, porqué un contenido debería contar, en opinión de la doctrina, con el consentimiento individual de cada acreedor afectado y en el otro no se plantea la necesidad de contar con ese consentimiento, teniendo en cuenta que puede resultar igual de gravoso, o más, para los acreedores.

En segundo lugar, la PAC también puede incorporar como contenido la conversión de créditos concursales en créditos participativos, que implica una operación de recalificación de créditos, de tal manera que el crédito concursal que ostenta el acreedor contra el deudor concursado se convierte en un crédito participativo²⁹⁰. Una de las características de dichos créditos reside en el pacto que incorporan relativo a la participación en los beneficios de la sociedad por

²⁹⁰ El origen de esta tipología de crédito en España se remonta a 1983, con la aprobación del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización. En la actualidad, los préstamos o créditos participativos se encuentran recogidos en el art.20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica. Al poco tiempo, la Disposición adicional 2ª de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, dio una nueva redacción al art.20, en relación a la consideración mercantil de los préstamos participativos. Asimismo, la Resolución de 20 de diciembre de 1996 del ICAC fijó criterios para determinar el concepto de patrimonio contable a efectos de los supuestos de reducción de capital y disolución de sociedades, incluyendo el concepto de préstamos participativos en la categoría de pasivo exigible, por lo tanto como recursos ajenos. Sin embargo, el apartado d) del art.20 se vio modificado, estableciendo su redacción vigente que los préstamos participativos se consideran patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

parte del acreedor²⁹¹. El acreedor prestamista percibe un interés variable que se determina en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, evolución que puede determinarse en función del beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro criterio que libremente acuerden las partes, si bien éstas también pueden acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. Esta determinación del interés variable en función de la evolución económica de la sociedad indica que los créditos participativos son créditos generalmente a largo plazo, con un vencimiento de cinco a diez años en la práctica²⁹². Otra de las particularidades de los créditos participativos, que cobra especial interés en relación con el concurso, es su ubicación, en orden a la prelación de créditos, después de los acreedores ordinarios (art.20.c Real Decreto-Ley 8/1983). Es decir, se trata de créditos que por pacto contractual tienen el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor (art.92.2º LC)²⁹³.

²⁹¹ Vid., Rafael GARCÍA VILLAVERDE, Voz “Préstamo participativo”, Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, vol.III, Madrid, 1995, págs.5040-5044.

²⁹² Vid., Marta GARCÍA MANDALONIZ, *La financiación de las PYMES*, op.cit., págs.155-178.

²⁹³ Vid., Rafael GARCÍA VILLAVERDE, “Créditos participativos”, RDS, 1997, págs.13-24.

Al respecto se ha afirmado que cuando el crédito concursal que se convierte en participativo no tuviese la condición de subordinado se produce una alteración de la clasificación de créditos, contenido prohibido por el art.100.3 LC. Vid., José Luis COLINO MEDIÁVILLA, *Créditos participativos y concurso de acreedores*, Madrid, La Ley, 2010, pág.100. Aunque fuese así y se entienda la conversión de créditos ordinarios o privilegiados en créditos participativos como una alteración de la clasificación de créditos, se trataría de una alteración permitida por la LC, pues ésta en ningún momento la prohíbe.

La conversión de los créditos concursales en créditos participativos comparte con la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales la finalidad de la PAC de perseguir la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, en la medida en que los créditos participativos se consideran patrimonio neto a efectos de reducción de capital social y liquidación de la sociedad, lo que permite a las sociedades prestatarias de dichos créditos evitar incurrir en las causas legales de reducción del capital social, de disolución de la sociedad o de solicitud del concurso con mayor facilidad²⁹⁴, y también porque favorecen la obtención de otros créditos no subordinados, que son satisfechos antes que los participativos²⁹⁵. A su vez, el interés de los acreedores en la conversión de los créditos concursales en créditos participativos reside igualmente en la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, puesto que su retribución se vincula a la evolución de la empresa prestataria, aunque con la posibilidad de tener una retribución fija además de un interés variable que, como hemos apuntado, no está en función necesariamente de la obtención de beneficios²⁹⁶. Sin embargo, esta operación no ha suscitado en la doctrina las cuestiones problemáticas que surgen con la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, puesto que no convierten al acreedor en socio sino que sigue manteniendo con respecto de

²⁹⁴ Vid. José Luis COLINO MEDIAVILLA, *ibidem*, págs.104-106.

²⁹⁵ Vid., Rafael GARCÍA VILLAVERDE, “Créditos participativos”, *op.cit.*, pág.15.

²⁹⁶ Según COLINO MEDIAVILLA, la conversión en créditos participativos de créditos ordinarios puede tener sentido si las desventajas que comporte, en la retribución y en el orden y momento de pago, se compensan con una elusión cuantitativamente suficiente de la quita establecida en la proposición necesaria. Siendo, a su parecer, los acreedores subordinados los más interesados en esta conversión. Vid., José Luis COLINO MEDIAVILLA, *Créditos participativos...*, *op.cit.*, págs.106-107.

la sociedad concursada su condición de acreedor y por tanto, según la doctrina²⁹⁷, no requiere el acuerdo de los socios para llevarla a cabo, al incluirse en el conjunto de las facultades de gestión del órgano de administración de la sociedad deudora, si bien no compartimos esta última apreciación. A falta de una norma que atribuya expresamente dicha competencia a la junta de socios, debemos determinar si la conversión de créditos en créditos participativos es un acto de gestión de la sociedad que deba atribuirse al órgano de administración de la misma o no. En la medida en que al órgano de administración le corresponden todos aquellos actos dirigidos a desarrollar el objeto social y que la conversión de los créditos en créditos participativos no es un acto que integre dicho objeto, entendemos que es la junta quien debe acordar aquella conversión. En cualquier caso, y por los motivos expuestos, resulta un contenido facultativo que puede servir a las finalidades de la PAC en función de la viabilidad de la actividad empresarial o profesional de la sociedad concursada.

2.2.3. Enajenación de bienes y derechos concretos y enajenación global del patrimonio del concursado

La prohibición de la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos y la de cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado no impide, como apuntamos antes²⁹⁸, que las partes pacten la enajenación de determinados bienes y derechos del patrimonio del deudor no afectos a su actividad empresarial o profesional que no comprometa

²⁹⁷ Vid., Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, tomo III, pág.2162.

²⁹⁸ Vid. *supra*, págs.185-192.

la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor y que facilite la obtención de liquidez o el pago de deudas. Pero la LC concede a las partes no sólo la facultad de pactar la enajenación de bienes y derechos concretos del patrimonio del deudor sino también la del conjunto de bienes y derechos afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada²⁹⁹, siempre y cuando la enajenación del patrimonio cumpla dos *conditio iuris* o presupuestos legales a cuyo cumplimiento la LC subordina la validez de la operación. En primer lugar, que el adquirente asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las cuales afecte y, en segundo lugar, que se comprometa al pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio (art.100.2 LC).

Ante la escasa regulación que hace el legislador de esta operación de enajenación de bienes y derechos, necesitamos determinar la categoría jurídica en la que incluirla para saber cuál es la normativa que le es aplicable y que nos

²⁹⁹ En cuanto a la condición del adquirente, la LC no prohíbe que reúna a la vez la condición de acreedor. En las cesiones de bienes y derechos prohibidas el art.100.3 LC ha explicitado que se trata de cesiones a los acreedores. En cambio, en la enajenación del conjunto de bienes o de unidades productivas la LC no hace mención al respecto, sólo que el adquirente puede ser persona natural o jurídica. En este tipo de enajenaciones el factor relevante no es tanto la condición de acreedor del tercer adquirente como el hecho de asegurar el pago de los créditos a través de la continuidad de la actividad empresarial. Es por ello que no hay ningún problema para entender que un acreedor del concursado puede adquirir su patrimonio, siempre y cuando asuma la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado y el pago de los créditos de los acreedores. Vid. por todos, Juana PULGAR EZQUERRA, “Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa”, RDM, núm.266, 2007, págs.889-940, quien admite que el adquirente también podría ser una sociedad creada *ad hoc* con la finalidad de asumir el pasivo.

permitirá hacer frente a las cuestiones problemáticas que se planteen. A pesar de existir posicionamientos doctrinales que sostienen que estamos ante una promesa de hecho ajeno³⁰⁰ o ante dos figuras jurídicas constituidas por un lado por un acuerdo entre el deudor y los acreedores y por otro por el acuerdo entre el tercero y los acreedores³⁰¹, existe un amplio consenso³⁰² en considerar el supuesto descrito en el art.100.2 LC como un negocio jurídico de compraventa de empresa mediante el cual el empresario se obliga a transmitir unitariamente el conjunto de titularidades que él posee sobre las relaciones jurídicas que conforman la empresa a un tercero, que por su parte se obliga a continuar la actividad empresarial o profesional del deudor y a pagar los créditos de los acreedores del concursado según lo previsto en la propuesta de convenio, recibiendo como contraprestación el activo del concurso³⁰³, sin descartarse la posibilidad de que el adquirente se comprometa también a satisfacer una suma determinada de dinero por la adquisición de la empresa o unidad productiva, si

³⁰⁰ En esta línea se posiciona Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, *op.cit.*, págs.542-544.

³⁰¹ Vid., Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, “Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades”, RDM, núm.4, 1946, págs.59-60.

³⁰² Vid. por todos, Jorge LÓPEZ CURBELO, “El convenio en la Ley Concursal. Especial referencia a su contenido”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal..*, *op.cit.*, 4615-4623.

³⁰³ Sin embargo, esta operación de enajenación de bienes y derechos, cuando sea una enajenación de todo el patrimonio y no de alguna o algunas unidades productivas llevada a cabo por una sociedad mercantil, puede adoptar la forma jurídica de una cesión global de activo y pasivo, contenido que analizaremos más adelante y cuyo régimen jurídico se encuentra en los arts.81-91 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME), ley que viene a concluir la polémica existente sobre la naturaleza de la cesión global del activo y pasivo, entre aquellos que la catalogaban de liquidación abreviada y los que la ubicaban en la categoría de las modificaciones estructurales de una sociedad, al incluirla en esta última categoría. Al respecto vid., José MASSAGUER FUENTES, “La cesión global de activo y pasivo”, RDM, núm.228, 1998, págs.655-678.

bien la obligación de pagar a los acreedores puede resultar muy gravosa para el adquirente y constituir, por tanto, contraprestación suficiente a cambio de los bienes y derechos del deudor³⁰⁴.

Son diversas las finalidades perseguidas por la enajenación del patrimonio del deudor como contenido de la PAC. En primer lugar la enajenación del patrimonio del deudor persigue la finalidad de conservar la actividad empresarial o profesional del deudor mediante su continuación por un tercero e intentar preservar así el valor de la empresa en funcionamiento. Así lo evidencia la imposición de la obligación de continuar aquella actividad al adquirente, a quien el legislador, en un intento de favorecer y facilitar aquella enajenación, incentiva, haciendo cesar la responsabilidad solidaria que respecto de determinadas deudas recaería sobre él en una enajenación acontecida fuera de un procedimiento concursal. Es el caso de las deudas tributarias. Respecto a ellas, la regla de la responsabilidad solidaria del adquirente no es aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal (art.42.1 LGT)³⁰⁵. En segundo lugar, igual de clara resulta la persecución con este contenido facultativo de la finalidad de satisfacer a los acreedores, pues la otra obligación que recae sobre el adquirente, además de la de continuar la actividad del deudor, es la de asumir el pago de los créditos de

³⁰⁴ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “Los convenios con asunción de pasivo...”, *op.cit.*, pág.911.

³⁰⁵ Sorprende, sin embargo, que no se prevea una norma similar a la del art.42.1 LGT para las deudas laborales (art.44.3 ET) y por prestaciones de la Seguridad social (art.127.2 LGSS), para las cuales el adquirente mantiene su responsabilidad junto con el transmitente.

los acreedores del concursado. En tercer lugar, la enajenación de los bienes y derechos del concursado a través de la PAC puede reducir los costes derivados de la devaluación de los elementos que integran el patrimonio del deudor, especialmente si el concurso finaliza con la aprobación de la PAC en la fase común, lo cual contribuye a aumentar las posibilidades de conseguir aquellas finalidades, esto es conservar la actividad empresarial o profesional del deudor y satisfacer en mayor medida a los acreedores. Finalmente, puede resultar un contenido beneficioso para el propio deudor, que se ve liberado del pago de los créditos que asume el adquirente, y, en la medida en que esta operación puede beneficiarle en los términos que acabamos de expresar, sirve también a la consecución de la finalidad de anticipación de la declaración de concurso, lo que a su vez redundaría en evitar los costes del deterioro del valor de su patrimonio.

Entrando en el análisis del régimen de este contenido facultativo, con su incorporación en la PAC el deudor se obliga en primer lugar a transmitir el conjunto de bienes y derechos afectos a la actividad empresarial o profesional o a las unidades productivas que se enajenan, debiendo cumplir con la disciplina a que estén sujetos cada uno de ellos, además de cumplir con la exigencia del Código civil respecto al título, a la tradición y la propiedad para transmitir la propiedad y otros derechos reales sobre los bienes. Los bienes objeto de enajenación han de estar bien determinados, especialmente cuando se enajenen sólo ciertas unidades y no toda la actividad económica, puesto que en estos casos se transmiten sólo los bienes afectos a las unidades concretas que se enajenan, de manera que su transmisión no impida la continuidad de la actividad empresarial del concursado con el resto de bienes que integran el

patrimonio del deudor no enajenados, acatando así la prohibición de cualquier contenido liquidatorio del convenio concursal. Al efecto, el inventario que ha de elaborar la administración concursal adquiere un papel destacado (art.82 LC), al contener la relación completa y el avalúo de los bienes y derechos del deudor, además de su naturaleza, características, lugar en que se encuentren y en su caso los datos de identificación registral, así como los gravámenes, trabas y cargas que afecten a dichos bienes y derechos.

En relación con el contenido del inventario de la masa activa, el art.82.4 LC prevé que el inventario también incluya todas las acciones que debieran promoverse, a juicio de la administración concursal, para la reintegración de la masa activa. En tanto que los bienes que se recuperan a través de las acciones de reintegración pasan a integrar la masa activa del concurso, deben incluirse dentro del conjunto de bienes y derechos que recibe el adquirente mediante la enajenación del conjunto de bienes y derechos. Ninguna duda plantea esta afirmación cuando los bienes o derechos recuperados se hayan reintegrado a la masa antes de cumplirse el convenio y proceder a su enajenación. Pero puede suceder que los bienes o derechos aún no hayan sido reintegrados a la masa en el momento de transmitir los bienes al adquirente. A este respecto, conviene distinguir dos situaciones distintas. Por un lado, aquel supuesto en que las acciones ya han sido iniciadas por la administración concursal y la enajenación se lleva a cabo sin haberse resuelto aún la acción. En este caso, el adquirente se sitúa en la posición de la administración concursal en el ejercicio de dichas acciones. Más problemas suscita la situación en que las acciones aún no hayan sido iniciadas por la administración concursal en el momento de la enajenación

prevista en el convenio. El adquirente debería poder instar a los administradores concursales para que ejerzan las correspondientes acciones de reintegración, pero el art.72.1 LC le niega esta legitimación, salvo que tenga la consideración de acreedor, puesto que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de reintegración corresponde únicamente a la administración concursal y a los acreedores si aquélla no actúa dentro de los dos meses siguientes al requerimiento al efecto realizado. Por lo tanto, la opción que le queda al adquirente es la de instar a la administración concursal o a los acreedores a que ejerciten las acciones rescisorias correspondientes³⁰⁶.

La enajenación global del patrimonio del deudor también puede incluir la transmisión de relaciones jurídicas pendientes de ejecución o de ejecución continuada. Es el caso de la cesión de los contratos de trabajo. De contemplarse, en los supuestos de enajenación de los bienes y derechos del deudor, cambios en las relaciones laborales que integren la empresa concursada, se ha de escuchar a los representantes legales de los trabajadores y estar a lo previsto en el art.64 LC, que recoge los trámites a realizar cuando se hayan de llevar a cabo expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

Además de la obligación de entregar los bienes y derechos que se haya acordado, algunos autores son de la opinión que sobre el deudor transmitente recaen también otra serie de obligaciones, como el deber de colaborar con el adquirente

³⁰⁶ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, págs.1016-1047.

o la obligación de abstenerse de hacer la competencia al adquirente³⁰⁷. Compartimos esta opinión, no sólo porque el art.42 LC obligue al deudor a colaborar e informar en todo lo necesario para el interés del concurso y por consiguiente se entienda que también en todo lo relacionado con el cumplimiento del convenio, sino sobre todo porque estos deberes, fundados en la exigencia de buena fe como cláusula de integración contractual (arts. 1255 Cc y 57 Ccom), contribuyen a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor y, por consiguiente, la satisfacción de los acreedores.

Por lo que respecta al adquirente, este se obliga en primer lugar a asumir el pago de los créditos de los acreedores concursales. Si bien el art.1205 Cc exige el consentimiento del acreedor del transmitente, esta exigencia del consentimiento del acreedor en la asunción de deudas se sustituye, en sede concursal, por la del consentimiento no de cada uno de los acreedores cuyos créditos se ceden sino por la del consentimiento de la mayoría de los acreedores ordinarios, puesto que, aunque los acreedores titulares de créditos cedidos no voten a favor del convenio o no se adhieran a él y por lo tanto no emitan su consentimiento favorable a la cesión de su crédito, se ven afectados igualmente por convenio. No sucede lo mismo, en cambio, cuando los créditos cedidos pertenezcan a acreedores privilegiados, pues si no votan a favor del convenio o no se adhieren

³⁰⁷ Vid., Pedro RUBIO VICENTE, “Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado”, RCP, La Ley, nº1, 2004, págs.259-274.

Esta última idea debemos ponerla en relación con la transmisión del fondo de comercio de la empresa concursada, que se materializa en la obligación de no competencia que recae sobre el transmitente, basada en la buena fe como cláusula de integración contractual (art.1255 Cc y 57 Ccom). Vid., Josep Oriol LLEBOT MAJÓ, “L’empresa com a categoria fonamental del dret mercantil”, en Joaquim BISBAL MÉNDEZ (coord.), *Dret Mercantil I*, op.cit., pág.21.

a él, se entiende que no existe el consentimiento exigido para la transmisión de su crédito (art.134 LC)³⁰⁸.

La asunción de deudas del transmitente por parte del adquirente también plantea otra cuestión, además de los consentimientos exigidos para que aquella sea válida, cual es la de determinar qué deudas ha de pagar el adquirente: sólo las correspondientes a los créditos concursales insinuados durante el procedimiento o las relativas a cualquier crédito, haya sido o no reconocido en el concurso. Al respecto, cabe decir que la transmisión de la empresa o unidad productiva al adquirente se lleva a cabo en los términos expresados en el convenio, de manera que el adquirente asume las deudas según lo pactado en el convenio, afectadas por las posibles quitas y esperas que prevea el convenio, y no en las condiciones que asumió la deuda el deudor concursado³⁰⁹. Así, por ejemplo, difícilmente el tercer adquirente aceptará asumir todos los créditos del concurso cuando sólo reciba en contraprestación ciertas unidades de la empresa. Por lo tanto, no tiene porqué coincidir la deuda que asume el adquirente con la que recae sobre el deudor concursado y nada impide que las partes pacten la incorporación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del tercero, como sucede en otros ordenamientos³¹⁰. El problema surge cuando

³⁰⁸ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “Los convenios con asunción de pasivo...”, *op.cit.*, pág.918.

³⁰⁹ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “Los convenios con asunción de pasivo...”, *op.cit.*, pág.907.

³¹⁰ En el Derecho italiano es frecuente en la práctica el establecimiento de cláusulas de limitación de la responsabilidad del tercero, puesto que en este ordenamiento es el tercero el que responde por los acreedores no reconocidos en el concurso. Vid., Francesco GALGANO (dir.), *Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol.IX, Cedam-Padova, 1986, págs.337-338.

el convenio no regula la responsabilidad sobre los créditos no reconocidos durante el procedimiento concursal que surjan con posterioridad a la aprobación del convenio, cuestión que ha sido debatida en la doctrina³¹¹. Es claro que de dichos créditos no puede responder el concursado cuando éste sea persona jurídica, se haya realizado la enajenación de todo el patrimonio y como consecuencia de la misma la persona jurídica se extinga. En cambio, si la persona jurídica no se extingue o bien el concursado es persona física, la solución debe ser otra, puesto que en estos casos, el deudor, a pesar de haber enajenado todo su patrimonio y no disponer de bienes para hacer frente al pago de los créditos que aparezcan después de la aprobación del convenio, responde con todos sus bienes presentes y futuros (art.1911 Cc). Así, si el deudor pretendiese hacer responder de estos créditos al adquirente aprovechándose del silencio de la LC al respecto, en la medida en que el adquirente desconocía la existencia de dichos acreedores y que su aparición le puede acarrear una disminución del activo recibido del concursado, más allá de suponer un desincentivo claro para este tipo de operaciones, podríamos acudir a la disciplina de los vicios ocultos (art.1484 Cc), que obliga al vendedor de la cosa a sanear los vicios ocultos.

³¹¹ Así, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO es del parecer que hay que descartar la responsabilidad del compromitente por las deudas no reconocidas porque asume las deudas concursales en los términos de la propuesta, en cuyo plan de pagos difícilmente constarán aquellas que no hayan sido reconocidas. Vid., Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, pág.1159. En cambio, esta tesis no es seguida por otra parte de la doctrina. Así, según RUBIO VICENTE, si el convenio despliega sus efectos tanto a los acreedores reconocidos como a los no reconocidos, lo mismo sucede en sede de enajenación de la empresa. Vid., Pedro RUBIO VICENTE, “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.115-155.

Además de la obligación de asumir el pago de las deudas del concursado según los términos del convenio, el adquirente de la empresa también se compromete a continuar la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas que reciba. La imposición de esta obligación sobre el adquirente da cumplimiento a la finalidad de conservación de la actividad empresarial o profesional asignada a la PAC. Sin embargo, nada dice la LC sobre las condiciones de esta obligación ni las consecuencias que acarrea su incumplimiento. Partiendo de la idea de que ningún adquirente puede quedar vinculado indefinidamente a la obligación de continuar la actividad empresarial o profesional, ha de fijarse un límite que evite que aquella obligación sea permanente y a partir del cual el adquirente pueda decidir libremente si seguir o no con la actividad empresarial o profesional en uso de su autonomía privada. Para servir a las finalidades de la PAC, esta obligación debe asegurar que la operación no consista en una adquisición fraudulenta a través de la cual finalmente se liquide el patrimonio del deudor, incumpliendo la prohibición de la LC relativa a los contenidos liquidatorios, y a que el adquirente cumpla con la finalidad de satisfacer a los acreedores en los términos del convenio. La exigencia de aquella obligación de forma autónoma a la satisfacción de los acreedores plantearía serias contradicciones con aquella finalidad y en definitiva con la función del concurso.

Fijado el límite de la obligación impuesta al adquirente, el interrogante que se plantea a continuación es qué sucede si el tercer adquirente incumple su obligación de continuar la actividad empresarial o profesional del deudor. No supone ningún inconveniente admitir que si el adquirente no continúa la

actividad empresarial o profesional del deudor, lo cual le impide hacer frente al pago de los créditos según lo pactado en la propuesta de convenio, estamos ante un incumplimiento del convenio. Más dudas plantea, en cambio, la situación en que el adquirente no continúa la actividad empresarial o profesional pero sí efectúa los pagos a los acreedores a que se obligó en el convenio. Se hace difícil sostener en este caso el incumplimiento del convenio: lo que realmente importa a los acreedores es la satisfacción de sus créditos según lo pactado, sea cual sea el origen de los recursos, y no tanto lo que suceda con la actividad empresarial o profesional de la que ahora es titular el adquirente³¹². Lo cual nos lleva a entender la continuación de la actividad empresarial o profesional como una obligación instrumental para conseguir el pago de los créditos y en definitiva la satisfacción de los acreedores, en coherencia con el carácter instrumental o accesorio, defendido al principio de este trabajo³¹³, de las finalidades de reducción de costes, promoción de la autonomía negocial de las partes, anticipación de la declaración de concurso y también conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor asignadas a la PAC respecto de la finalidad principal que es la satisfacción de los acreedores. Así, si el adquirente no continúa la actividad empresarial o profesional y no llega a pagar los créditos que asumió, los acreedores pueden denunciar el incumplimiento del convenio ante el juez del concurso. Ahora bien, si el adquirente no continúa la actividad empresarial o profesional pero cumple su compromiso de pagar a los acreedores en los términos pactados, es obvio que no cabe instar el incumplimiento del

³¹² Vid. José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal...*, *op.cit.*, págs.52-53.

³¹³ Vid. *supra*, págs.69-72.

convenio, principalmente porque ya no hay acreedores, únicos legitimados para instarlo.

2.2.4. Fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo

Otra de las proposiciones que puede ser objeto del contenido de la PAC es la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la sociedad concursada (art.100.3 LC), cuyo régimen se encuentra previsto en la LME, a la que habremos de acudir ante la brevísima mención que recoge la LC al respecto, que únicamente indica la posibilidad que la propuesta de convenio las incorpore como contenido facultativo de la PAC.

Mediante la fusión, la sociedad concursada junto con otra u otras sociedades se integra en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan (art.22 LME)³¹⁴. En el primer caso, la fusión implica la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva sociedad, que adquiere por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas (art.23.1 LME). Por tanto, necesariamente la fusión por creación de nueva sociedad implicaría la extinción de la sociedad concursada. En el segundo

³¹⁴ La LME es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, según su art.2. Por lo tanto, el régimen expuesto relativo a la fusión y a la escisión, así como el de la cesión global del activo y pasivo, es válido para toda sociedad mercantil. Sin embargo, precisa el art.2.2 que las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas se rigen por su específico régimen legal.

caso, de fusión por absorción de una de las sociedades ya existentes, ésta adquiere por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas (art.23.2 LME). Este tipo de fusión, pues, no necesariamente supondría la extinción de la sociedad concursada.

Por su parte, mediante la escisión la sociedad concursada se extingue o no, en función de si la escisión es total y su patrimonio, dividido en dos o más partes, se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o a una ya existente (art.69 LME), o bien se trata de una escisión parcial, en la cual la sociedad concursada traspasaría en bloque por sucesión universal una o varias partes de su patrimonio a una o varias sociedades, o en fin de una segregación³¹⁵, en la cual también la sociedad concursada traspasaría en bloque una o varias partes de su patrimonio, pero en este caso sería la sociedad, y no los socios como en el caso de la escisión parcial, la que recibiría las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, con lo cual la sociedad concursada no llegaría a extinguirse (arts.70 y 71 LME)³¹⁶.

³¹⁵ Si bien el art.100 LC no contempla de forma expresa esta operación como contenido facultativo de la PAC, debe admitirse, no sólo por las similitudes que presenta con la escisión, sino también por la libertad de las partes de pactar en el convenio todo aquel contenido que no sea contrario a la LC, ni, en general, a la ley, a la moral ni al orden público (art.1255 Cc).

³¹⁶ Esta descripción general sobre el significado de la fusión y la escisión de una sociedad mercantil nos permite constatar la similitud de estas operaciones con la figura de los negocios traslativos de empresas o la enajenación del conjunto de bienes y derechos de la sociedad concursada o de determinadas unidades productivas. En ambos casos, se produce una cesión global o parcial del patrimonio, que puede comportar o no la extinción de la sociedad concursada, pero que, a diferencia de la enajenación global de los bienes y derechos de la sociedad concursada, tienen como rasgo característico que los socios de la sociedad que se extingue o se escinde, o la propia sociedad que se segrega en el caso de la segregación, se integran en la sociedad resultante de la fusión o beneficiaria de la escisión, recibiendo un número de acciones, participaciones o una cuota proporcional a la participación en la sociedad extinguida o que se escinde (arts.24, 69-71 LME).

Finalmente, la cesión global supone la transmisión en bloque de todo el patrimonio de la sociedad por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario (art.81 LME). La previsión expresa de la cesión global como contenido del convenio no aparecía originariamente en la LC, sino que es la Ley 38/2011 la que la introduce. Sin embargo, y a pesar de no estar previsto expresamente en la redacción inicial del art.100.3 LC, su admisión como contenido del convenio no planteaba ningún problema³¹⁷.

Esta característica ha llevado a la doctrina a entender que las operaciones de fusión y escisión tienen repercusiones en la clasificación de los créditos. Así, se argumenta que la entrega de las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad absorbente o de nueva creación puede resultar en una alteración de la clasificación de los créditos, en la medida en que los socios de la sociedad concursada, que no deberían adquirir beneficios antes de que los acreedores de la sociedad concursada hayan visto satisfechos sus créditos, con la fusión o la escisión pasan a aumentar sus expectativas en cuanto a la participación en los beneficios de la sociedad resultante de la fusión o adquirente de la sociedad escindida. Y por ese motivo el art.100.3 LC excluye de la prohibición de alterar la clasificación legal y la cuantía de los créditos a dichas operaciones. En este sentido, vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, págs.1036-1037. Esta regla defendida por la doctrina refleja la regla de prioridad absoluta del Derecho estadounidense que impone que los acreedores sean satisfechos con preferencia a los socios en el concurso. Sobre la evolución histórica y significado en la actualidad de esta regla, así como su interpretación y excepciones en la jurisprudencia, vid. William D. WARREN y Daniel J. BUSSEL, *Bankruptcy*, Foundation Press, Nueva York, 2006, págs.772-809. Sin embargo, esta regla no está prevista en la LC. Ésta sólo prohíbe que se altere la clasificación de los créditos y que por tanto un acreedor de menor rango sea satisfecho con anterioridad a uno de mejor rango, sin que se derive de esa norma ninguna implicación ulterior respecto a lo que suceda entre los acreedores y el deudor y sus socios. Por otro lado, y así lo hemos reflejado en las finalidades de la PAC, no debe olvidarse que el deudor, y no sólo los acreedores, se ve también beneficiado de la solución cooperativa al concurso, lo cual supone un incentivo a un uso oportuno del concurso que favorece a su vez a los acreedores. Es claro, pues, que la LC no rechaza la posibilidad de que, con la operación de fusión o escisión, el valor de la empresa concursada devenga superior al valor de la satisfacción que se ofrece a los acreedores y que de esta manera el deudor y sus socios se beneficien del concurso.

³¹⁷ Para un análisis de la cesión del activo y pasivo como contenido del convenio concursal, vid. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Cesión global de activo y pasivo...”, *op.cit.*, págs. 157-166.

En cualquiera de los supuestos, ya sea una fusión, una escisión, una segregación o una cesión global, la participación de los socios de la sociedad concursada en la operación de fusión, escisión o cesión es un factor clave para el éxito de la operación puesto que el proyecto común de la operación en cuestión redactado y suscrito por los administradores de cada una de las sociedades partícipes ha de ser aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión, según el procedimiento establecido en la LME (arts.30-48, 73-80, 85-91), y por tanto es fundamental que los socios tengan algún incentivo para votar a favor de la operación. De manera que la falta de ese acuerdo puede llevar, al igual que sucede con la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales en donde se requiere el acuerdo de la junta a favor del aumento de capital exigido para proceder a la conversión, a la imposibilidad de cumplir el convenio aprobado por los acreedores y por consiguiente a la apertura de la fase de liquidación. La constatación de este hecho nos obliga a preguntarnos, tal como hicimos respecto a la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, si la incorporación de una operación de fusión, escisión o cesión global, sin que haya sido aún acordada por la junta de socios de cada una de las sociedades implicadas no supone la imposición de una condición a la eficacia del convenio, prohibida por el art.101 LC. Es claro que si se pacta en la PAC cualquiera de aquellas operaciones sin contar aún con el acuerdo de las juntas de las sociedades partícipes, la eficacia del convenio y su cumplimiento dependen necesariamente de si se alcanza aquel acuerdo o no. Si una vez aceptado y aprobado el convenio finalmente las juntas no votan a favor de la operación, el convenio no puede desplegar su eficacia, circunstancia que

obliga a declarar su incumplimiento y abrir la fase de liquidación. Las consecuencias de esta situación son precisamente las que intenta evitar la prohibición de las propuestas condicionadas contenida en el art.101 LC, ya analizada³¹⁸. La consecución de las finalidades de la PAC exige, como ya expusimos, que el contenido de la propuesta de convenio sea cierto y, por ello, en nuestra opinión para que la PAC pueda prever la fusión, escisión o cesión global de la sociedad concursada debería aportarse el acuerdo de la junta de socios de las sociedades partícipes en ella antes de que los acreedores se puedan adherir o votar sobre ella, ajustándose al proyecto de fusión suscrito por los administradores de cada sociedad³¹⁹. Las consideraciones vertidas entorno a la conversión de los créditos concursales son igualmente aplicables en este caso.

Siendo esta la interpretación, a nuestro parecer, que mejor respeta la prohibición de las propuestas condicionadas y la consecución de las finalidades de la PAC, se plantea ahora la cuestión de por qué, si ya está acordada la fusión, la escisión o cesión global, solicitar la declaración de concurso, ya que si con la PAC se ha de aportar el acuerdo de la junta de socios éste ha tenido que suceder

³¹⁸ Vid. *supra*, págs.200-205.

³¹⁹ A favor de esta opinión, vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores...”, *op.cit.*, págs.10-12, para quien el acuerdo de los socios a la modificación estructural debe preceder a la aceptación del convenio concursal por los acreedores para no incurrir en la prohibición del art.101 LC. En contra de esta opinión se manifiesta Rita LARGO GIL, quien al plantearse si la decisión de fusión, escisión o cesión global ha de adoptarse antes de la tramitación de la propuesta de convenio o después de su aprobación, se decanta por la segunda opción, entre otros motivos porque según su parecer la captación de una sociedad saneada dispuesta a involucrarse en el proyecto sería muy difícil si después del acuerdo de fusión aún fuese necesario que la propuesta de convenio fuese aceptada por los acreedores y aprobada por el juez. Vid., Rita LARGO GIL, “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)”, RCP, núm.9, 2008, págs.87-116.

antes de la declaración de concurso en el supuesto en que la PAC se presente con la solicitud de declaración de concurso o poco después en caso contrario. Son diversas las razones que pueden incentivar la solicitud de concurso y la posterior presentación de la PAC en esta situación: la obtención de financiación con mayor facilidad, al poder conceder un trato privilegiado a los créditos que financian el plan de viabilidad, y la posibilidad de acordar, además de la fusión, escisión o cesión global, otros contenidos. Respecto al primer incentivo, ya vimos como el art.100.5.II LC permite acordar en la propuesta de convenio el tratamiento de los créditos obtenidos para financiar el plan de viabilidad, favoreciendo así la conservación de la actividad empresarial del deudor. Respecto al segundo, la fusión, escisión o cesión global podría pactarse en una propuesta de convenio junto con otros contenidos (por ejemplo, una quita o la conversión de los créditos concursales en acciones) lo cual sin duda facilitaría la operación, haciéndola más atractiva para la sociedad absorbente. Por su parte, esta operación puede beneficiar a los acreedores de la sociedad concursada al ver aumentadas sus expectativas de cobro ante la sociedad absorbente, más solvente, ya sea porque el pago de sus créditos es asumido por ella, ya sea porque sus créditos han sido convertidos en acciones y pasan a ser socios de aquella sociedad.

La Ley 38/2011 ha venido a incorporar un nuevo incentivo para la inclusión en la PAC de una modificación estructural. Se trata de la posibilidad prevista en el art.190.2 LC de que el juez aplique el procedimiento abreviado cuando el deudor presente una PAC o una propuesta ordinaria que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo,

permitiendo al deudor de esta manera llevar a cabo la modificación estructural a través de un procedimiento abreviado, más rápido y menos costoso que el procedimiento concursal no abreviado. Con esta medida, el legislador de la reforma busca reforzar la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de a acreedores y favorecer a su vez la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor³²⁰, en clara consistencia con las finalidades de la PAC.

En la doctrina se ha defendido también como incentivo al deudor para solicitar la declaración de concurso una vez acordada la fusión, escisión o cesión global por las juntas de las sociedades concursadas partícipes en la operación la desactivación en sede concursal del derecho de oposición de los acreedores y la responsabilidad solidaria de las sociedades concursadas escindidas vigentes en los procesos de modificación estructural³²¹. Esta idea surge del intento de armonizar la interpretación de la normativa societaria en materia de modificaciones estructurales con la normativa concursal. En la fusión, los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito sea anterior a la fecha de publicación del proyecto de fusión pueden oponerse a la fusión dentro del mes siguiente desde la publicación del acuerdo de fusión, no pudiéndose llevar a efecto la fusión hasta que la sociedad preste garantía a la satisfacción del acreedor (art.44 LME). El mismo derecho de oposición se otorga a los acreedores en la cesión global del activo y pasivo (art.88 LME) y en

³²⁰ Vid., apartado V, párrafo primero, del Preámbulo de la Ley 38/2011.

³²¹ Vid., principalmente Rita LARGO GIL, *ibidem*, pág.103, y Juana PULGAR EZQUERRA, “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores...”, *op.cit.*, pág.12-14.

la escisión (art.73 LME). En estas dos últimas operaciones, además, se añade un mecanismo de protección de los acreedores consistente en la imposición de la responsabilidad solidaria a todas las sociedades beneficiarias de la escisión y a la sociedad escindida, si subsistiera, por las obligaciones asumidas por una de las sociedades beneficiarias que resulten incumplidas, hasta el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas en la escisión y por la totalidad de la obligación en el caso de la sociedad escindida, si ésta subsistiera (art.80 LME). Pues bien, se ha defendido en la doctrina la desactivación de tales mecanismos de protección de los acreedores, esto es el derecho de oposición de los acreedores de las sociedades partícipes en una fusión, una cesión global del activo y pasivo y una escisión, por un lado, y la responsabilidad solidaria de las sociedades implicadas en una escisión y cesión global, por el otro, que son de aplicación para el conjunto de sociedades mercantiles, en los supuestos de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de una sociedad mercantil concursada respecto a los acreedores de ésta que se vean afectados por el convenio, y su sustitución por el derecho que la LC concede a los acreedores a rechazar la aceptación del convenio concursal y a oponerse a su aprobación judicial³²².

En nuestra opinión, la solución a esta cuestión, que no se plantea respecto a los acreedores de las sociedades partícipes en la fusión que no están en situación de concurso, cuyo derecho de oposición se mantiene sin discusión, debe proporcionarla la consistencia de la eliminación en el concurso de la tutela

³²² Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, *ibídem*.

individual expuesta de la que gozan los acreedores de las sociedades concursadas que participan en la fusión o escisión con las finalidades de la PAC y la función del concurso. En este sentido, si aquella eliminación, que supone una alteración de las reglas extraconcursoales, no estuviese justificada por la consecución de la función del concurso, podría provocar un uso estratégico del concurso por parte de las sociedades partícipes en aquellas operaciones que puede acabar perjudicando a los acreedores. Así, permitiría utilizar el concurso no para superar una situación de insolvencia mediante las ventajas que reporta el concurso respecto al sistema de acciones individuales que rige fuera del concurso sino con la única intención de impedir la oposición de los acreedores a la operación. Tal comportamiento sólo conseguiría beneficiar a la sociedad deudora causando costes que recaerían sobre el conjunto de sus acreedores³²³.

Si defendiésemos el mantenimiento del derecho de oposición de los acreedores de la sociedad concursada, cabría plantearse cómo concretar en el concurso la garantía que se ha de ofrecer a los créditos de un acreedor de la sociedad concursada que se opone a la fusión o escisión y que viene exigida por el art.44.2 LME. No es esta una cuestión baladí, pues la fusión o escisión no podría llevarse a cabo hasta que la sociedad prestara garantía a la satisfacción del acreedor que se haya opuesto a la operación, lo cual podría generar también conductas estratégicas entre los acreedores y acabar perjudicando al conjunto de acreedores por los costes que aquella espera puede acarrear.

³²³ Vid., Thomas H. JACKSON, *The logic and limits...*, *op.cit.*, págs.20-23.

Según el art.44.3 LME, en los casos en que los acreedores se hayan opuesto a la fusión ésta no puede llevarse a cabo hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla. La cuestión que surge en sede concursal es qué garantía puede prestarse a los acreedores que vayan a verse afectados por el convenio concursal (por ejemplo, a cuyos créditos se prevea aplicar una quita) y no vayan a percibir el importe íntegro de su crédito dada la situación de insolvencia de la sociedad deudora. A nuestro entender, y en semejante situación, aquella garantía debería asegurar que la PAC en la cual se pacta la fusión es la solución que mejor satisface al acreedor, aunque no lo haga de forma íntegra debido a la insolvencia de la sociedad³²⁴.

Esta, precisamente, es la información que debe proporcionar el plan de viabilidad que acompaña a la propuesta de convenio. En él debe constar la valoración de la empresa reorganizada después del concurso (y por tanto después de la fusión) así como que los beneficios que se espera obtener de la operación permiten una mayor satisfacción de los créditos contra la sociedad concursada que la que se obtendría con otros contenidos del convenio o a través de otras vías como la liquidación³²⁵. Información, en definitiva, que ha de permitir demostrar si la fusión empeora o no la garantía de satisfacción del

³²⁴ La PAC puede prever, además de la operación de fusión, escisión o cesión global, otros contenidos que contribuyan a aquella mejor satisfacción. Así, la PAC puede contener el compromiso de un tercero de prestar fianza al deudor, garantía que fuera del concurso, y en orden a cumplir lo establecido en el art.44.3 LME, sería difícil de conseguir.

³²⁵ Vid., *infra*, págs.325-335.

crédito del acreedor que se opone a la operación³²⁶. No podría ser otra la garantía a ofrecer a los acreedores que hiciesen uso de su derecho de oposición por parte de una sociedad que se encuentra en situación de insolvencia, en la que justamente no puede o prevé que no podrá cumplir sus obligaciones.

Cabe reconocer que esta garantía proporcionada por la viabilidad de la sociedad es la misma que tienen todos los acreedores de la sociedad concursada, se opongan o no a la fusión. De manera que el hecho de permitir a los acreedores ejercer su derecho de oposición no haría otra cosa que incrementar los costes del concurso sin proporcionar a cambio ninguna garantía adicional a la ya proporcionada por el propio régimen del convenio concursal. Así, pues, nos parece consistente con las finalidades de la PAC y la función concursal la desactivación en el concurso del derecho de oposición de los acreedores de la sociedad concursada al proyecto de fusión. La conclusión debe ser la misma, desde nuestra perspectiva, respecto a la desactivación de la responsabilidad solidaria de la sociedad escindida en el caso de escisión parcial o cedente en la cesión global, puesto que si no puede responder íntegramente de sus obligaciones por encontrarse en una situación de insolvencia, difícilmente podrá, en caso de no extinguirse, responder de las obligaciones asumidas por las sociedades beneficiarias de la escisión o cesión.

³²⁶ En relación al aseguramiento del derecho de crédito en la fusión en general, vid. Luis Javier CORTÉS DOMÍNGUEZ y Adoración PÉREZ TROYA, “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art.243 LSA)”, RDS, núm.17, 2001, págs.39-69.

Por último, resulta oportuno apuntar la particularidad que presentan las operaciones de fusión, escisión, cesión global y en general de enajenación de los bienes y derechos del concursado en una situación de concurso en relación al Derecho de la Competencia, puesto que a pesar de que tales operaciones pueden constituir una operación de concentración económica según la definición que de ella da el art.7 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC)³²⁷, el propio art.7.3 LDC contiene una lista de supuestos que quedan excluidos de esa consideración, entre los cuales se encuentra la adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal. Sigue este precepto la normativa comunitaria, en concreto el art.3 Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, que recoge lo que se conoce como la excepción de empresa en crisis o *failing firm defense*, cuyo fundamento reside en la neutralidad de la operación de adquisición o fusión de una empresa en situación de insolvencia desde un punto de vista competitivo³²⁸.

³²⁷ Algunos autores han puesto de relieve las implicaciones del Derecho de la Competencia tanto respecto a los supuestos de fusión como de enajenación de los bienes del empresario. Vid., Juan Ignacio FONT GALÁN, Luís María MIRANDA SERRANO, Javier PAGADOR LÓPEZ y Pedro José VELA TORRES, “Viabilidad antitrust de las soluciones concursales de conservación de la empresa. Socialización del Derecho de la competencia”, RDM, 2004, págs.463-531.

³²⁸ Según se ha argumentado, una concentración en la que sea parte una empresa insolvente que, en ausencia de tal concentración, se vería obligada a abandonar el mercado es neutral desde el punto de vista de la competencia. Por otro lado, también se han esgrimido otros argumentos para justificar la excepción de empresa en crisis, referidos básicamente a la finalidad de proteger los intereses de accionistas, trabajadores, acreedores y de la economía en general para intentar conservar la empresa en situación de insolvencia mediante operaciones de concentración económica. En este sentido, vid., Carmen HERRERO SUÁREZ, “La excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial”, RDBB, núm.84, 2001, págs.141-169.

2.2.5. Compromisos de terceros y obligaciones a cargo de acreedores

En tanto que negocio jurídico, el convenio concursal constituye obligaciones para las partes intervinientes, que pueden consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (art.1088 Cc). En concreto, puede generar obligaciones que afecten al deudor, a los acreedores y a terceros. Más allá de las obligaciones que el propio contenido del convenio imponga al deudor o las posibles medidas limitativas o prohibitivas que recaigan sobre las facultades de disposición y administración de su patrimonio que analizaremos en el siguiente apartado, en éste nos interesa centrarnos en las obligaciones que recaigan sobre los acreedores y sobre terceros, en la medida en que, aunque de forma muy escueta y fuera de los preceptos destinados al régimen del contenido de la propuesta de convenio, la LC hace mención expresa de aquellas. Por un lado, el art.99.1 LC, al tratar de los requisitos formales de la propuesta de convenio, menciona la posibilidad de que la propuesta contenga compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación. Por otro lado, el art.125.2 LC establece que las propuestas pueden implicar nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores. Lo conciso de ambos preceptos en esta cuestión exige un esfuerzo para completar el régimen jurídico de las obligaciones y compromisos a cargo de acreedores o terceros.

La realidad a la que dan cobertura los arts.99.1 y 125.2 LC puede resultar muy diversa, tanto por su naturaleza jurídica como por las prestaciones objeto de

compromiso u obligación. Así, la naturaleza jurídica de estas obligaciones es diversa puesto que, en primer lugar, el convenio puede incorporarlas directamente, conteniendo los pactos entre el deudor y un tercero o un acreedor que constituyan ya el contrato definitivo que los une. Pero cabe contemplar también la posibilidad de que no nazcan directamente del convenio, sino que en éste las partes se comprometan únicamente a concluir un contrato determinado una vez el convenio adquiera eficacia, en cuyo caso nos encontraríamos ante lo que la doctrina denomina un precontrato o promesa de contrato, figura en la que pueden tener su encaje los compromisos a cargo de tercero y que permite diferir la entrada en vigor del contrato definitivo para un momento posterior al de la conclusión del acuerdo entre las partes³²⁹. A título de ejemplo, si un tercero se compromete a prestar una fianza al deudor, el convenio no incorpora propiamente el contrato de fianza sino el acuerdo de perfeccionar dicho contrato en una fase negocial ulterior. De esta manera, lo que se incorpora en el convenio no es el contrato sino la obligación de las partes de contratar. Que se trate de uno u otro supuesto será, en definitiva, una cuestión de interpretación de las declaraciones de voluntad vertidas en el convenio, pero que es relevante discernir a efectos de determinar el régimen de las vicisitudes por las que atraviese la obligación o compromiso en cuestión.

Sea cual sea su configuración jurídica, tanto en el caso de incluirse en la propuesta de convenio compromisos como obligaciones a cargo de terceros o de acreedores, los sujetos que se comprometan u obliguen han de consentir en

³²⁹ Vid., Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, págs.394-409.

hacerlo. En este sentido, conforme al art.99.1 LC, cuando la propuesta contenga compromisos a cargo de terceros, aquella debe ir firmada por los compromitentes o sus representantes, y según el art.125.2 LC, no puede someterse a deliberación la propuesta que contenga nuevas obligaciones a cargo de acreedores sin la previa conformidad de éstos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular como contraprestación. Con esta exigencia, los arts.99.1 y 125.2 LC no hacen más que exigir el consentimiento que se exige en cualquier negocio jurídico para contraer cualquier obligación contractual (arts.1254 y 1261 Cc).

Como apuntábamos, también es diverso el objeto de las prestaciones a que se pueden obligar o comprometer los terceros o acreedores. El art.99.1 LC pone algunos ejemplos de compromisos a cargo de terceros, como son prestar garantías reales o personales al cumplimiento de alguna o algunas obligaciones del convenio, prestar financiación o realizar el pago de determinados créditos, si bien deja abierta la lista a cualquier otro tipo de prestación que acuerden las partes. Por su parte, el art.125.2 LC no precisa en qué pueden consistir las nuevas obligaciones a cargo de acreedores, por lo que queda a la voluntad de las partes decidir incluirlas en el convenio y determinar las prestaciones a que se obligan las partes. Así, no existe obstáculo para entender que también los acreedores pueden obligarse a financiar el plan de viabilidad propuesto por el deudor, en cuyo caso, como ya vimos, los créditos concedidos se satisfacen según lo pactado en el convenio (art.100.5 LC), a suministrar mercancías,

descontar efectos, o, en fin, a colaborar de alguna manera con el deudor³³⁰. Este contenido es plenamente consistente con las finalidades de la PAC, puesto que, de una manera u otra, contribuye a asegurar la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, bien sea porque el acreedor o tercero asume el pago de determinados créditos y por tanto reduce las cargas a las que ha de hacer frente el patrimonio del deudor, bien sea por la contribución de nuevos fondos o bienes para mantener la actividad empresarial o profesional del deudor en funcionamiento. Por ello, es claro que dicho contenido sirve a la finalidad de conservación de la actividad y a la de satisfacción de los acreedores.

El interés del acreedor o tercero por obligarse o comprometerse a la realización del contenido descrito, beneficioso para el conjunto de acreedores, y, que supone un sacrificio personal, en especial en el caso del acreedor, que ya sufre las consecuencias adversas que implica la propia situación de insolvencia respecto a los créditos concursales, reside, como en cualquier negocio jurídico, en la contraprestación que recibe a cambio. La Ley guarda silencio sobre la contraprestación que pueden recibir los terceros y los acreedores, pero es claro que debe resultar suficientemente beneficiosa como para incentivarlos a obligarse voluntariamente con el deudor. Sea cual sea aquella, se debe ceñir a los mismos límites que marca la autonomía negocial de la que las partes gozan a la hora de negociar el contenido del convenio concursal. En especial, la contraprestación no puede consistir en ninguno de los contenidos prohibidos

³³⁰ Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 125”, en en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1181-1192.

por el art.100.3 LC³³¹. De esta manera, en caso de que los terceros o acreedores se comprometan a realizar el pago de determinados créditos, pueden recibir a cambio algún bien o derecho determinado del patrimonio del deudor siempre y cuando no comprometa, como ya hemos apuntado anteriormente, la continuidad de la actividad empresarial del concursado³³². Asimismo, si el convenio atribuye a los acreedores que asuman algún tipo de obligación un trato singular, debe cumplir los requisitos que marca el mismo art.125 LC³³³. A propósito de este trato singular, los requisitos que deben cumplirse para su válida incorporación en la PAC, y que más adelante analizamos, confirman que las obligaciones y compromisos a cargo de acreedores constituyen un contenido que beneficia no sólo a los acreedores obligados o comprometidos sino que se dirige también a satisfacer al conjunto de acreedores.

2.2.6. Medidas prohibitivas o limitativas de las facultades del deudor

Uno de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor es la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art.40 LC), facultades que recaen, por un lado, sobre actos

³³¹ Vid., José María FERNÁNDEZ SEIJÓ, “Comentario al artículo 99”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1189-1203.

³³² Al igual que en los convenios de enajenación de bienes o derechos del deudor, tampoco en este caso el área de responsabilidad del garante coincide con la del deudor. La garantía prestada por el tercero no se extiende a los acreedores no reconocidos durante el procedimiento concursal. El pago de estos acreedores en la proporción acordada en el convenio es una obligación del concursado. Vid., Lino GUGLIELMUCCI, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2001, págs.310-311.

³³³ Vid., José Maria DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal...*, *op.cit.*, pág.165.

de conservación y explotación de dicho patrimonio, y por otro, sobre actos con un efecto traslativo, constitutivo o modificativo³³⁴. La intervención o suspensión finaliza con la aprobación del convenio concursal y a partir de ese momento el deudor goza de nuevo del libre ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes de su patrimonio (art.133 LC).

Ahora bien, en atención al hecho de que la satisfacción de los acreedores no se consigue en el momento de inicio de la eficacia del convenio sino cuando el juez emite declaración de cumplimiento del mismo, el art.137.1 LC permite incorporar en la propuesta de convenio medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor en sustitución de la intervención o suspensión de las mismas que cesan con la aprobación del convenio. De esta manera, el inicio de la eficacia del convenio hace cesar los efectos legales de la declaración de concurso e impone los efectos convencionales, establecidos en el convenio, entre los cuales se encuentran las posibles limitaciones a las facultades del deudor sobre su patrimonio (art.133.2 LC). Estas limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor establecidas en el convenio cesan, a su vez, con la conclusión del concurso, esto es cuando sea firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y en su caso caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento (arts.178 y 176 LC).

³³⁴ Vid., Antonio PAU PEDRÓN, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004, pág.10.

Las limitaciones de las facultades patrimoniales del deudor, tanto las derivadas de la declaración del concurso como las contenidas en el convenio, son coherentes con las finalidades de la PAC, en especial la de conservación de la actividad empresarial o profesional y la de satisfacción de los acreedores, pues aquellas limitaciones buscan evitar que el deudor realice actos contrarios a aquello pactado en el convenio y que puedan malbaratar los bienes que integran su patrimonio, actos que sin duda resultarían contrarios a la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor y perjudiciales para los intereses de los acreedores³³⁵. También contribuyen a la finalidad de reducción de costes concursales, pues previenen actuaciones procesales encaminadas a reparar el perjuicio causado por los actos del deudor contrarios a los intereses de los acreedores. Así, por ejemplo, la incorporación de medidas limitativas en la PAC puede evitar que el deudor enajene inoportunamente bienes de su patrimonio, en perjuicio de los acreedores, y los consiguientes costes de recuperarlos con el fin de reintegrarlos a aquel patrimonio o de declarar el incumplimiento del convenio y posteriormente abrir la fase de liquidación. Siendo este el fundamento de las limitaciones de las facultades del deudor, sorprenden las consecuencias que se derivan de su infracción: según el art.137.1 LC, la infracción de dichas medidas prohibitivas o limitativas contenidas en el convenio constituye incumplimiento del convenio, cuya declaración puede ser solicitada del juez por cualquier acreedor. Ciertamente, si el acto realizado por el deudor infringiendo las limitaciones impuestas no es perjudicial para el patrimonio del deudor o incluso es ventajoso y por lo tanto beneficia a los

³³⁵ Vid., Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, ADConcursal, núm.5, 2005, págs.65-127.

acreedores, la declaración de incumplimiento del convenio puede resultar nefasta para los intereses de los acreedores. Es por ello que hubiese resultado más acorde con las finalidades anteriormente mencionadas conceder al órgano o acreedor supervisor del cumplimiento del convenio la facultad de convalidar aquellos actos, al igual que sucede con los actos del deudor que infringen las limitaciones impuestas a partir de la declaración del concurso (art.40.7 LC)³³⁶.

En caso de incorporarse medidas prohibitivas o limitativas de las facultades del deudor, necesariamente los actos de administración y disposición de cuya realización se excluya al deudor los ha de asumir alguien que asegure y facilite la continuación de la actividad empresarial o profesional y cuyo nombramiento debe hacerse constar en el convenio. Pueden ser los administradores concursales, ya sean todos o sólo algunos de ellos, a quienes se encomienden ciertas funciones hasta el íntegro cumplimiento del convenio, como ya contempla el art.133.4 LC al prever que con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se puede encomendar a todos o algunos de ellos el ejercicio de cualesquiera funciones. También se puede atribuir en la propuesta de convenio el ejercicio de alguna de las facultades del deudor que se ven afectadas por las medidas limitativas o prohibitivas a un tercero determinado o

³³⁶ Es cierto que si los acreedores consideran beneficiosos los actos realizados por el deudor que infringen las limitaciones impuestas por el convenio pueden abstenerse de solicitar la declaración de incumplimiento al juez del concurso y evitar así la rescisión del convenio. Pero no es menos cierto que la posibilidad de que cualquier acreedor solicite la declaración de incumplimiento que concede el art.137 LC puede suscitar conductas estratégicas entre los acreedores.

a algún acreedor³³⁷. En función del grado de confianza que los acreedores tengan respecto al comportamiento del deudor hasta el cumplimiento del convenio, las medidas limitativas pueden tener un alcance diverso: desde la sumisión del ejercicio de las facultades de administrar y de disponer a la autorización o el control de una comisión de acreedores o de los administradores concursales hasta la prohibición de enajenar o gravar bienes de más valor del patrimonio del concursado, quedando el deudor autorizado con carácter general para realizar el resto de actos propios de su giro o tráfico³³⁸.

Según el art.137.2 LC, las medidas prohibitivas o limitativas son inscribibles en los registros públicos que correspondan y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados³³⁹. La inscripción no impide el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudica a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que en su caso se ejercite. La doctrina constata el mal encaje del art.137.2 LC con los principios del sistema hipotecario, en la medida en que el citado precepto protege a los acreedores en perjuicio de terceros mientras que la publicidad que proporciona la inscripción de aquellas medidas limitativas en el Registro tiene como fin la protección de los

³³⁷ Vid., Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, Poder Judicial, Madrid, 2004, págs.123-205.

³³⁸ Vid., Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ, *ibidem*.

³³⁹ Los registros a los que se refiere el precepto son tanto los de tipo personal (Registro Civil, Registro Mercantil, Registro de cooperativas, asociaciones, fundaciones) como los registros donde se inscriben los bienes o derechos afectados (Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles, Registro de Marcas). En este sentido, vid., Nemesio VARA DE PAZ, “Comentario al artículo 137”, en en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs. 1262-1265.

terceros de buena fe³⁴⁰. Además, la regulación del art.137 LC dista, injustificadamente, de la establecida para los actos contrarios a las limitaciones impuestas por el sistema de suspensión o intervención que recae sobre el concursado en virtud del art.40 LC, que establece que los actos contrarios a las limitaciones establecidas no pueden ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme. Alguna de las soluciones propuestas para mitigar las consecuencias indeseables del art.137.2 LC es exigir en el acta de inscripción del derecho del adquirente la constancia de que el derecho se adquiere con vulneración de las prohibiciones o limitaciones inscritas³⁴¹.

2.2.7. El trato singular

En los apartados precedentes hemos analizado las diferentes cláusulas que la PAC puede contener. La PAC puede incorporarlas de manera que se prevea un mismo contenido para todos los acreedores, pero la LC también admite la posibilidad de que la PAC ofrezca contenidos diversos entre los acreedores, quedando unos afectados por un contenido diferente al que quedan sometidos otros, bien sea a través de los contenidos alternativos, que examinamos más

³⁴⁰ En este sentido, vid., Antonio PAU PEDRÓN, *Las limitaciones...*, *op.cit.*, pág.92. Teniendo en cuenta que la acción de reintegración de la masa que se ejercite perjudica a cualquier titular registral, una interpretación literal del art.137.2 LC llevaría a que en determinados casos se perjudicara a terceros de buena fe, vulnerando de esta manera el contenido del art.34 LH, si bien puede interpretarse según lo dispuesto en el art.72.2 LC en sede de acciones de reintegración y entender que “cualquier titular registral” no incluye los terceros de buena fe. Vid., Ignacio y Víctor MARROQUÍN SAGALÉS, *La Nueva Ley Concursal...*, *op.cit.*, págs.746-747.

³⁴¹ Vid., Antonio PAU PEDRÓN, *Las limitaciones...*, *op.cit.*, pág.92.

adelante, bien sea a través del trato singular otorgado a algunos acreedores, a cuyo análisis dedicamos este apartado.

Según el art.125 LC, para considerar aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características se requiere no sólo la adhesión o voto favorable a la propuesta correspondiente sino también la adhesión o voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. De esta manera la LC admite la posibilidad de que se incluyan en la propuesta de convenio cláusulas particulares para algunos acreedores, como ya hiciera el art.14 LSP con las ventajas especiales a favor de determinados grupos de acreedores³⁴².

Aunque la LC no establece qué se ha de entender por trato singular, sí precisa qué no es trato singular: las ventajas propias del privilegio de que gozan los acreedores privilegiados, siempre y cuando estos queden sujetos a quita y/o espera en la misma medida que los ordinarios (art.125.1 LC), en un intento de incentivar la implicación de los acreedores privilegiados en la solución negociada a la insolvencia del deudor. Debemos descartar también a los acreedores subordinados como destinatarios de tratos singulares. No hay duda de que los acreedores subordinados, que están sometidos a las mismas quitas y esperas que los acreedores ordinarios y no pueden ver satisfechos sus créditos

³⁴² Preveía el art.14 LSP que cuando en el convenio se establecieran ventajas especiales a favor de determinados grupos de acreedores, no se tendrían en cuenta los votos de éstos en cuanto a los extremos que les beneficien.

hasta que se haya procedido al pago de los acreedores ordinarios, no pueden recibir un trato singular que los sitúe en una situación más ventajosa que un acreedor ordinario, pues de lo contrario se incumpliría la prohibición de alterar la clasificación de los créditos establecida en la LC (art.100.3 LC). Descartada la opción de otorgar un trato singular a los acreedores subordinados que los sitúen en una mejor posición que los ordinarios, quedaría la posibilidad de que se otorgara a algunos acreedores subordinados un trato singular que sin mejorar su posición respecto a los ordinarios sí lo hiciera respecto a otros subordinados, del mismo grupo. Pero tampoco esta opción sería viable porque el art.122 LC niega el derecho de voto a los titulares de créditos subordinados y por lo tanto no podría aplicarse la regla de votación especial del art.125 LC, que exige la adhesión o voto favorable a la propuesta no sólo de la mayoría legal correspondiente según el art.124 LC sino también del pasivo no afectado por el trato singular.

Estas constataciones nos sirven para delimitar el ámbito subjetivo del trato singular, que queda circunscrito al trato singular otorgado a determinados acreedores ordinarios o privilegiados. Se trata, pues, de cláusulas singulares para miembros de una misma clase de acreedores³⁴³. De esta manera, el trato singular puede afectar a ciertos acreedores o a grupos de acreedores

³⁴³ Esto es lo que sucede en el Derecho concursal alemán, donde el trato singular relevante es el que aparece entre miembros de una misma clase de acreedores. Dice así el art.226 InsO: *I. Dentro de cada grupo deben proponerse los mismos derechos para todos los interesados. II. Un tratamiento diferenciado de los interesados en un grupo sólo es admisible con el consentimiento de todos los intervinientes afectados. En ese caso, debe añadirse al plan de insolvencia la declaración de conformidad de todos los intervinientes afectados.* Vid. Vicente GOZALO LÓPEZ, “Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia...”, *op.cit.*, págs.561-678.

determinados por sus características. El término “grupo” utilizado por el art.125.1 LC se diferencia claramente del de “clase” de acreedores, por lo que el trato singular puede afectar a acreedores que dentro de una misma clase reúnan características propias frente al resto de acreedores. De este modo, la LC permite que el trato singular haga referencia a uno o varios acreedores determinados, o bien a un conjunto de acreedores que compartan rasgos que los diferencien de los demás, ya sean rasgos relativos a las condiciones subjetivas de los acreedores, ya sea por razones objetivas, de los créditos de que aquellos sean titulares³⁴⁴.

En cuanto al ámbito objetivo del trato singular, a lo largo del análisis del contenido del convenio hemos ido viendo algunos ejemplos, aunque la casuística de los supuestos de trato singular puede ser muy diversa. Sin ánimo de exhaustividad, y simplemente a título de ejemplo, la singularidad puede referirse al pacto de quitas y/o esperas diferentes para determinados acreedores ordinarios o al acuerdo sobre los intereses que favorezca sólo a determinados acreedores, al amparo de lo previsto en el art.59.2 LC: cuando se llegue a una solución de convenio que no implique quita, puede pactarse en él, el cobro total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido³⁴⁵. O

³⁴⁴ Vid., Carmen ALONSO LEDESMA, “Comentario al artículo 125”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.2361-2372.

³⁴⁵ La doctrina ha barajado otros ejemplos, si bien no hay acuerdo en su admisibilidad. Nos referimos a la constitución de garantías personales o reales a favor de determinados acreedores ordinarios o la compensación de determinados créditos y deudas del concursado. En contra de permitir estas proposiciones como trato singular encontramos a Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario artículo 125”, en AAVV, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1181-1192.

también a la posibilidad de elección entre diferentes alternativas, posibilidad que la LC admite expresamente y que examinamos en el siguiente apartado. Al no contener la LC ninguna ulterior referencia a lo que debe entenderse por trato singular y alejarse nominalmente de la expresión utilizada por la LSP, en la doctrina se ha entendido que el concepto de trato singular incluye cualquier regla desigual o particular para algunos acreedores sin que comporte necesariamente un beneficio, favor o ventaja para los acreedores afectados por aquél, siendo suficiente la diferencia y valiendo incluso un trato negativo³⁴⁶. Sin embargo, la consistencia del régimen del trato singular admitido por el art.125 LC con las finalidades de la PAC lleva, en nuestra opinión, a la inclusión en aquel concepto únicamente de aquellas cláusulas que reporten una ventaja o beneficio a los acreedores afectados por el trato singular³⁴⁷. De lo contrario, sería difícil justificar la necesidad de la adhesión o voto favorable de la mayoría de aquellos acreedores no afectados por un trato singular de contenido desventajoso para los afectados³⁴⁸. Y es que la regla especial parece responder a la necesidad de evitar acuerdos que sitúen a determinados acreedores en una situación más ventajosa que otros, alterando la clasificación de créditos establecida en la LC, sin que revierta en una mayor satisfacción para el conjunto

³⁴⁶ Vid. por todos, Carmen ALONSO LEDESMA, “Comentario al artículo 125”, *op.cit.*, págs.2361-2372.

³⁴⁷ En este sentido, vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 125”, *op.cit.*, págs.1181-1192.

³⁴⁸ Es claro que un trato singular perjudicial para algunos acreedores supone un trato singular que favorece a los no afectados. Pero, si aceptamos que el trato singular puede ser también perjudicial, la exigencia de la adhesión o voto favorable del pasivo no afectado por el trato singular supondría que serían los no perjudicados por el trato singular los que decidirían la inclusión del trato singular en la PAC, lo cual no tiene ningún sentido.

de acreedores³⁴⁹. Aunque la mayoría de la doctrina justifica la regla especial de votación de las propuestas de convenio con trato singular en el respeto a la *par conditio creditorum* o igualdad de trato³⁵⁰, esta opinión no puede compartirse, pues precisamente la admisión de un trato singular a ciertos acreedores o grupo de acreedores contribuye al vaciamiento de aquel principio, que históricamente representaba el fundamento del sistema concursal pero que en la actualidad ya no explica la realidad normativa concursal³⁵¹. Por ello, nuestro análisis se aleja de aquellos posicionamientos doctrinales y se centra en determinar la consistencia de la norma del art.125 LC con las finalidades de la PAC, las cuales, en definitiva, contribuyen a la consecución del fundamento y de la función del concurso. En este sentido, es cierto que la regla especial de votación dificulta la aceptación de una propuesta de convenio y por ende la conservación de la actividad empresarial o profesional mediante convenio, puesto que de obtenerse la mayoría para la aceptación del convenio pero no el voto favorable o la adhesión de la correspondiente proporción del pasivo no afectado por el trato singular, la consecuencia que se deriva no es la exclusión del trato singular y el sometimiento a votación del resto de la propuesta, sino el rechazo del conjunto

³⁴⁹ El cumplimiento de su función exige, por ello, que a pesar de que el trato singular no conste de forma explícita en la redacción de la propuesta de convenio deba someterse igualmente a la regla especial de votación del art.125 LC, siendo la administración concursal la que debe, en estos casos, hacer constar tal circunstancia para que el juez del concurso exija la concurrencia de la doble mayoría. En este sentido, vid., Vicente GOZALO LÓPEZ, “El trato singular”, ADConcursal, núm.9, 2006, págs.181-202.

³⁵⁰ Vid. por todos, Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 125”, en en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1358-1361.

³⁵¹ Vid., Joanquin BISBAL, “La insoportable levedad...”, *op.cit.*, págs.843-872.

de la propuesta³⁵². Si este rechazo tiene lugar en la fase común, el deudor aún tiene la opción de mantener la PAC para someterla a la aceptación de los acreedores en la fase de convenio, ya sea mediante tramitación escrita o en la junta de acreedores, si bien el procedimiento se alarga. En cambio, si aquel rechazo acontece en la fase de convenio y no se ha presentado ninguna otra propuesta de convenio por parte de los acreedores, el juez debe abrir de oficio la fase de liquidación (art.143.1 LC), de manera que es patente que la doble mayoría exigida en caso de trato singular no favorece la consecución del convenio. Sin embargo, y por otro lado, la regla especial de votación favorece la autonomía privada, puesto que los acreedores no afectados por el trato singular son los que permiten y en última instancia determinan la inclusión del trato singular en la propuesta al tener que votar a favor del mismo o adherirse para poder incorporarlo válidamente a la propuesta de convenio. Asimismo, contribuye a la satisfacción de los acreedores, en la medida en que asegura que el trato singular no sólo beneficia al acreedor afectado sino también a los no afectados³⁵³. Así, por ejemplo, el trato singular podría concederse a un acreedor que se comprometiese a financiar el cumplimiento del convenio, un convenio que por tanto beneficiaría no sólo al acreedor afectado por el trato singular sino al conjunto de acreedores, favorecidos por los recursos destinados a financiar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Así, pues, cabe

³⁵² Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 125”, *op.cit.*, pág.1186.

³⁵³ En relación a las ventajas especiales permitidas por el art.14 LSP, autores como ALCOVER GARAU destacan los beneficios que puede comportar para el conjunto de acreedores y por tanto para el favorecimiento del convenio el hecho de conceder ciertos beneficios a determinados acreedores ordinarios caracterizados por propiedades especiales. Vid., Guillermo ALCOVER GARAU, “Aproximación al régimen jurídico de las ventajas especiales...”, *op.cit.*, págs.51-65.

concluir que si bien la doble mayoría de votación dificulta la aceptación del convenio, permite asegurar que los acreedores beneficiados por el trato singular no logren imponer a los no beneficiados la propuesta de convenio que sólo a ellos interese sino aquella que satisfaga al conjunto de acreedores, por lo que se muestra acorde con la función última del concurso³⁵⁴.

2.2.8. Los contenidos alternativos

Las diversas cláusulas que la PAC puede incorporar y que hemos analizado en los apartados precedentes pueden presentarse de forma alternativa, de manera que los acreedores escojan entre diferentes cláusulas propuestas. Así lo admite el art.99.1 LC, según el cual toda propuesta de convenio puede contener distintas alternativas. Por su parte, el art.100.2 LC dispone que la propuesta de convenio puede contener proposiciones alternativas para todos o algunos de los

³⁵⁴ Vid. Fundamento de Derecho Tercero del AJM núm.1 de Madrid, de 16 de noviembre de 2005: *la propuesta de convenio supone en la práctica una quita que tiene como peculiaridad el ser desigual para los acreedores privilegiados –a quienes se satisfará finalmente el 57,50% de la totalidad del importe de sus créditos concursales–, que para los demás acreedores –a quienes se satisfará sólo el 35%–. Esta circunstancia nos sitúa ante un trato singular para determinados grupos de acreedores que exige que en la votación del convenio se alcance la doble mayoría prevista en el artículo 125.1 LC. Además, habida cuenta que en el concurso de Dorlast, SL se da la circunstancia de que en la lista de acreedores los titulares de créditos privilegiados lo son también de créditos ordinarios, debe hacerse hincapié en que para el cómputo de la doble mayoría no podrá tenerse en cuenta el importe de la parte del crédito ordinario que corresponda al acreedor privilegiado que haya votado a favor o se haya adherido a la propuesta de convenio. Para llegar a dicha conclusión debemos alejarnos de una perspectiva meramente formal o mecanicista en la articulación de las mayorías que exige la Ley Concursal. Se hace preciso profundizar en el sentido de la exigencia de tales mayorías. La finalidad pretendida por el legislador con la exigencia de la doble mayoría es que no se produzca la situación en que los acreedores beneficiados por el trato singular puedan imponer a los demás la propuesta de convenio que más les interese. De ahí que si los acreedores titulares de créditos afectados por el trato singular, lo son al mismo tiempo de otros créditos no afectados por dicho trato, su voto favorable al convenio sólo será computado a efecto de entender aceptada la propuesta de convenio, pero no para la obtención de la mayoría del pasivo no afectado por el trato singular exigida por el artículo 125.1 LC.*

acreedores, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. Más allá de estas sucintas referencias normativas a la admisión de contenidos alternativos, es el art.102 LC el que se encarga de regular las propuestas con contenidos alternativos, centrandó su atención en el régimen de elección entre las diversas alternativas.

La propuesta de convenio puede ofrecer a todos o a algunos de los acreedores la facultad de elegir entre diversos contenidos alternativos (art.102.1 LC). Así, pues, la PAC puede incorporar proposiciones alternativas, de las cuales el deudor sólo debe cumplir aquella que elijan los acreedores. La alternatividad admitida por la LC debe entenderse referida a cualquier tipo de cláusula, de manera que puede preverse que el acreedor escoja, por ejemplo, entre aplicar a su crédito la quita y/o espera pactada o convertir su crédito en acciones de la sociedad concursada (supuesto que parece contemplar el art.100.2 LC), o bien escoger entre otros contenidos facultativos o finalmente optar entre una quita y una espera determinada³⁵⁵. La admisibilidad de estas propuestas alternativas refuerza la idea defendida de que la quita o la espera no deben considerarse un contenido imperativo de la propuesta, pues cabe la posibilidad de que los acreedores que puedan escoger entre los contenidos alternativos elijan la opción que no implique ni quita ni espera. Esta consideración de la quita y la espera como contenido no imperativo sino facultativo, respaldada por la admisión de contenidos alternativos, se muestra coherente con el carácter negocial del

³⁵⁵ Vid., Ángel ROJO, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, págs.1885-1899.

convenio y su configuración flexible para adaptarlo a la particular situación patrimonial y económica de cada deudor según la autonomía negocial de las partes, que pueden de esta manera escoger aquel contenido que mejor satisfaga sus intereses³⁵⁶.

En consistencia con la finalidad de la promoción de la autonomía negocial de las partes y de maximización de los intereses de los acreedores se sitúa también el ámbito subjetivo de aplicación de los contenidos alternativos, que pueden ofrecerse, según los arts.100.2 y 102.1 LC, a todos o a algunos de los acreedores. En la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, el contenido alternativo sólo podía ir dirigido a todos los acreedores o a los de una o varias de las clases de acreedores establecidas en la propia LC, esto es la de los acreedores privilegiados, la de los ordinarios y la de los subordinados. Esa redacción distanciaba el ámbito subjetivo del contenido alternativo del relativo al trato singular, que sólo puede afectar a ciertos acreedores o grupos de acreedores determinados por sus características y, más en concreto, a ciertos acreedores o grupos de acreedores ordinarios o privilegiados, tal como vimos anteriormente, de manera que aquella clase de acreedores que no pueden merecer un trato singular sí podían beneficiarse de la facultad de escoger entre diferentes alternativas³⁵⁷. Sin embargo, injustificadamente parecía exigir que los

³⁵⁶ Vid., Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, pág.2159, y María de la Sierra FLORES DOÑA, “Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo”, *op.cit.*, págs.4530-4535.

³⁵⁷ Así, los acreedores subordinados, que no tienen derecho de adhesión o voto y no pueden beneficiarse de ningún trato singular, pueden ejercer, cuando corresponda, la facultad de elección entre diversos contenidos alternativos. Vid., Ángel ROJO, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, págs.1885-1899.

contenidos alternativos se ofreciesen necesariamente a todos los acreedores de una misma clase, sin que se admitiese la posibilidad de ofrecerlos únicamente a algunos acreedores determinados dentro de una misma clase. Después de la reforma, en cambio, se admite explícitamente esta última posibilidad y se amplía el ámbito subjetivo de aplicación de las propuestas con contenidos alternativos, promocionándose así claramente la autonomía negocial de todos los acreedores y favoreciendo los intereses de los acreedores, al permitir que todos ellos o los de alguna clase o incluso algunos acreedores dentro de una misma clase puedan gozar de mayor libertad para escoger el contenido del convenio que mejor se adapte a sus intereses particulares únicamente mediante el ejercicio de su facultad de elección, sin que se exija ninguna mayoría reforzada para su aceptación, como en el caso de las propuestas con trato singular.

Como apuntamos, la LC centra su atención en el régimen de elección de los contenidos alternativos, que también ha sufrido modificaciones por parte de la Ley 38/2011. En la anterior redacción del art.102.2 LC, se preveía que cada acreedor ejerciera la facultad de elección en la junta de acreedores en la que se aceptase el convenio o en el plazo que el convenio señalase, que no podía exceder de diez días a contar de la firmeza de la resolución judicial que lo aprobase. Dicho precepto contemplaba únicamente la aceptación de la propuesta de convenio en junta de acreedores, sin hacer referencia al supuesto de aceptación de la PAC mediante adhesión individual, sin celebración de la junta de acreedores. La nueva dicción del art.102.2 LC elimina la referencia a la junta de acreedores y se limita a establecer que el plazo para el ejercicio de la

facultad de elección no puede ser superior a un mes desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Ya no es necesaria, pues, la aplicación analógica para determinar el plazo para el ejercicio de la facultad de elección del contenido alternativo en caso de aceptación de la PAC mediante adhesión. Plazo que, por otro lado, se ha visto ampliado, de los diez días previstos anteriormente, a un mes desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio, alargando de esta manera la duración del procedimiento concursal, en contra de las finalidades de la PAC, en especial la de reducción de los costes del procedimiento, razón por la cual esta modificación merece nuestra crítica.

En cuanto al momento para ejercer la facultad de elección, depende del sistema de aceptación seguido. Así, se puede afirmar que en caso de aceptación de la PAC en junta de acreedores, la facultad de elección se puede ejercitar en la propia junta que acepte el convenio o bien, fuera de ella, en el plazo previsto en el convenio, plazo que puede resultar especialmente apropiado para aquellos acreedores que no asistan a la junta de acreedores pero queden igualmente afectados por el convenio, por ejemplo para los acreedores subordinados, que aunque no tienen derecho de voto³⁵⁸, pueden ejercer el derecho de elección cuando para ellos se prevean propuestas alternativas³⁵⁹. Por su parte, cuando la PAC se acepte mediante la adhesión individual de los acreedores, sin

³⁵⁸ Sí tienen, en cambio, derecho de asistencia a la junta, de manera que, a pesar de no tener derecho de voto, podrían decidir asistir igualmente a la junta y nada impediría que ejercieran su derecho de elección en ese momento.

³⁵⁹ Vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 102”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios.., op.cit*, págs.792-795.

celebración de junta de acreedores, la facultad de elección se debe poder ejercitar, en primer lugar, en el momento de manifestar la adhesión a la propuesta por parte de cada acreedor, en orden a reducir los costes del concurso al utilizar el mismo acto de emisión de la voluntad de los acreedores respecto de la aceptación o rechazo de la PAC para, a su vez, expresar el contenido elegido de entre las propuestas alternativas presentadas. Y, en segundo lugar, en el plazo que se fije en el propio convenio, plazo también apropiado para aquellos acreedores que, aun quedando afectados por el convenio, no quieran o no tengan derecho de adherirse al mismo.

Puede suceder, sin embargo, que los acreedores no hagan uso de la facultad de elección de que gozan. Según la teoría general de las obligaciones, la falta de ejercicio de la facultad de elegir en el caso de obligaciones alternativas por parte de los acreedores comporta un supuesto de *mora creditoris*, es decir un supuesto en que el deudor no puede cumplir su obligación sin el concurso del acreedor que permita la liberación de aquél, y que acarrea una serie de consecuencias negativas para el propio acreedor (vgr., cese de la situación de incumplimiento del deudor)³⁶⁰. En sede concursal, en un procedimiento cuya función es precisamente maximizar la satisfacción de los acreedores, el legislador no puede permitir que semejante situación, en la cual el deudor no podría cumplir el convenio con respecto a aquel acreedor que no eligiese ninguno de los contenidos alternativos, acontezca, en tanto en cuanto obstaculizaría la consecución de las finalidades de la PAC y por consiguiente la

³⁶⁰ Vid., José Luis LACRUZ BERDEJO (et alt.), *Elementos de Derecho Civil, op.cit.*, págs.189-190.

función del concurso. Por ello, para evitar las consecuencias de la falta de ejercicio de la facultad de elección y el perjuicio que se causaría al acreedor que no eligiese el contenido alternativo que debe cumplir el deudor, la LC exige la inclusión en la propuesta de convenio de una regla supletoria que contenga la alternativa a aplicar en caso de que los acreedores no hayan elegido una (art.102.1 LC).

2.3. La regulación del contenido del convenio y las finalidades de la PAC

Una vez examinadas las diversas proposiciones y cláusulas que pueden incorporarse a una propuesta de convenio, así como aquellas que resultan prohibidas, estamos en disposición de hacer una valoración global de la disciplina del contenido del convenio, que, como hemos visto prohíbe las cesiones de bienes y derechos a los acreedores, permite la incorporación de diversas cláusulas (vgr, conversión de créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales y créditos participativos, enajenación global del conjunto de bienes y derechos del patrimonio del deudor, fusión, escisión, compromisos de terceros, medidas limitativas de las facultades del deudor sobre su patrimonio) y parece imponer la incorporación de quitas o esperas, que además se ven limitadas al 50% y a 5 años, respectivamente.

Se trata de una regulación detallada del contenido de la propuesta de convenio y que limita la autonomía negocial que las partes gozarían en virtud del art.1255 Cc fuera del concurso. Con estas limitaciones, la LC se distancia del principio de

libertad de contenido del convenio que tradicionalmente regía el Derecho concursal español, que permitía al deudor y a sus acreedores acordar las cláusulas que estimasen oportunas (arts.14 LSP y 898 Ccom). La doctrina sitúa en esa libertad de contenido la causa de las frecuentes maniobras de complicidad entre el deudor y algunos de sus acreedores para aprobar convenios que favorecían a unos acreedores en perjuicio de otros y también la razón por la que la LC ha acabado limitando la autonomía de los acreedores respecto al contenido de la propuesta de convenio³⁶¹. Sin embargo, la propia doctrina, que denomina esta introducción de límites en el contenido de la propuesta de convenio “técnica de moralización” del convenio, a su vez ha criticado ampliamente esta regulación, basando estas críticas fundamentalmente en la invasión a la autonomía negocial de las partes que comporta semejante disciplina.

No obstante las críticas, después de la aproximación al régimen del contenido de la propuesta de convenio que hemos realizado mediante un análisis de la consistencia de aquel con las finalidades de la PAC, podemos afirmar que algunas de las limitaciones son plenamente consistentes con aquellas finalidades y otras pueden reinterpretarse de manera que sean normas que sirvan a las finalidades de la PAC y por consiguiente a la función concursal.

En primer lugar, uno de los aspectos más criticables de aquel régimen es el aparente carácter imperativo de las quitas y esperas, debido al uso del término

³⁶¹ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, *op.cit.*, págs.435-485.

“deberá” que el art.100 LC utiliza para referirse a las quitas y esperas. La interpretación de las quitas y esperas como imperativas es claramente inconsistente con las finalidades de la PAC, puesto que no sólo atenta contra la autonomía de las partes de decidir el contenido del convenio sino que obstaculiza la satisfacción de los acreedores si existe un contenido alternativo que proporciona una mejor satisfacción. Por ello, nuestro posicionamiento se sitúa a favor de entender las quitas y esperas como un contenido no imperativo sino facultativo, interpretación que dota a la norma de consistencia con las finalidades de la PAC. En relación aún con las quitas y esperas, encontramos el segundo aspecto merecedor de críticas, los límites del 50% para las quitas y de 5 años para las esperas. Se trata de unos límites fijados por el legislador de forma convencional y sin que respondan a una justificación en base a la viabilidad de la actividad empresarial o económica del concursado. Resumiendo los argumentos ya expuestos para rechazar los límites a las quitas y a las esperas, estos no aseguran que por la vía de la liquidación se haga posible una satisfacción cuantitativa de los acreedores superior a la que hubieran obtenido por el convenio no sujeto a los límites legales, por lo que debemos concluir que aquellos son claramente inconsistentes con las finalidades de la PAC³⁶².

El tercer aspecto que ha merecido las críticas de la doctrina es la prohibición de la cesión de bienes y derechos y de cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor. Desde la perspectiva de la consistencia con las finalidades de la PAC, esta prohibición está plenamente justificada siempre y

³⁶² Vid., José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal....*, *op.cit.*, pág.44.

cuando quede circunscrita, tal como hemos defendido en su momento, a las operaciones que impidan la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, ya sea por acarrear la enajenación de bienes afectos a aquella actividad e indispensables para su continuidad o bien por implicar la enajenación del conjunto de bienes sin que el adquirente de dichos bienes asuma la continuidad de la actividad, en tanto que una de las finalidades de la PAC es precisamente la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor y que la LC ya prevé una fase judicial para encauzar estas operaciones liquidatorias con el fin de realizar una liquidación ordenada.

Por último, se puede atribuir a la LC una deficiente técnica legislativa en cuanto a la regulación del contenido facultativo de la propuesta de convenio, puesto que se detiene a enumerar los posibles contenidos de la propuesta de convenio pero sin exhaustividad, pues se admiten todas aquellas proposiciones que no contradigan las prohibiciones de la LC (por ejemplo, la transformación de la sociedad concursada), y las posibles cláusulas que pueden incorporarse a la propuesta se encuentran dispersas en diferentes preceptos (arts.99, 100, 125, 137 LC) sin quedar ordenadas y sistematizadas en el art.100 LC, encargado de regular el contenido de la propuesta de convenio. La crítica a este aspecto responde a una deficiencia formal que no influye en el régimen material del contenido de la PAC, pues no supone ninguna limitación a la autonomía negocial promovida por la LC y, en especial, por el régimen de la PAC.

Este sucinto repaso al régimen del contenido de la PAC y a la consistencia con sus finalidades nos permite concluir que la crítica al contenido del convenio se

ciñe a la imposición de los límites a las quitas y las esperas, ya que el resto de contenidos puede interpretarse de modo acorde con las finalidades de la PAC, en los términos descritos en este trabajo, mientras que la imposición de los límites queda, como ya expusimos, sin justificar desde el análisis de la consistencia con las finalidades de la PAC que venimos realizando.

3. La presentación de la PAC

En los apartados anteriores nos hemos ocupado de las normas que limitan y establecen el contenido de la negociación entre el deudor y sus acreedores que ha de conducir a la formación de un convenio concursal. Una vez negociado y pactado el contenido que va a tener la PAC, el deudor está en disposición de presentarla a todos sus acreedores, hayan participado o no en las negociaciones, con el fin de que la acepten. Nos ocupamos en este apartado del régimen de la presentación de la PAC, que establece unos requisitos que difieren de los exigidos para la propuesta ordinaria de convenio, debido a la singular gestación de la figura objeto de nuestro estudio.

3.1. Noción y significado

Al tratar del concepto y la naturaleza jurídica de la PAC en el Capítulo anterior³⁶³, constatamos la naturaleza de oferta negocial de la PAC. En general, la perfección del negocio jurídico se produce por la concurrencia de la oferta y la aceptación, constituyendo la oferta la emisión por parte del oferente de una

³⁶³ Vid. *supra*, págs.33-35.

declaración de voluntad mediante la cual expresa su intención de llegar a la conclusión de un acuerdo con una persona o personas determinadas, que ya contiene todos los elementos del negocio proyectado³⁶⁴. La formación del convenio concursal mediante la PAC, pues, exige por parte del deudor la emisión y comunicación de la PAC, en los términos en que haya quedado delimitada en las negociaciones preconcursales, a sus acreedores, con el fin de obtener su aceptación y perfeccionar el convenio.

La configuración híbrida de la PAC y el hecho de que su *iter* negocial se desenvuelva parcialmente en un procedimiento judicial condiciona aquel acto de emisión y comunicación de la PAC a los acreedores, de manera que acontece en dos momentos distintos: el primero fuera del procedimiento concursal y el segundo iniciado ya el procedimiento. El primero tiene lugar cuando el deudor presenta la PAC a los acreedores antes de la declaración del concurso para conseguir la adhesión de la décima o quinta parte del pasivo presentado por el deudor, necesaria para que sea admitida a trámite (art.106.1 LC). El segundo tiene lugar cuando el deudor presenta la PAC al juez del concurso (art.104 LC) y éste la admite a trámite dando inicio al plazo para que los acreedores que no hayan participado en las negociaciones previas a la declaración de concurso o lo hayan hecho pero aún no se hayan adherido puedan manifestar su adhesión a la propuesta (art.108.1 LC). Por lo tanto, la emisión y comunicación de la PAC no sólo se produce con la presentación ante el juez del concurso, sino también, en su caso, con anterioridad a la declaración del concurso, de forma directa a los acreedores, a diferencia de lo que sucede con la propuesta ordinaria de

³⁶⁴ Vid., Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, págs.309-330.

convenio, que se emite únicamente en el momento de presentarla ante el juez del concurso, y por esa razón los requisitos que se exigen a la PAC en el momento de ser presentada ante el juez deben cumplirse también en el momento de comunicar la PAC a los acreedores antes del concurso. Así, los requisitos de legitimación, formales y documentales.

Por otro lado, ambos actos de emisión y comunicación de la PAC, además de la significación sustantiva expresada, adquieren una trascendencia procesal añadida, que examinaremos en el Capítulo siguiente, en la medida en que la comunicación de la PAC a los acreedores previa al concurso, y su aceptación parcial, constituye un presupuesto de admisión a trámite de la PAC, y la presentación de la PAC ante el juez del concurso supone el inicio de su tramitación procesal.

3.2. La comunicación y aceptación parcial de la PAC antes de su presentación

En el momento de su presentación ante el juez del concurso, la PAC ha de ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas según la forma establecida en la LC, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor o la décima parte si la PAC se presenta con la propia solicitud de concurso voluntario (art.106.1 LC). Los términos de esta norma son el resultado de la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009 en el art.106 LC, en cuya redacción original se exigía específicamente la adhesión de acreedores ordinarios o privilegiados, cuyos créditos habían de superar en todo

caso la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, en un intento de *reducir los costes de la tramitación del concurso y conseguir así un procedimiento menos costoso, más ágil y más eficiente en sus resultados*³⁶⁵.

Precisamente, la redacción original de la norma había sido criticada por parte de la doctrina al considerarla excesiva. En primer lugar, al entender que suponía un obstáculo en la reducción de los costes de tiempo que reporta la PAC³⁶⁶. Esta apreciación parece compartirla el legislador de la reforma de la LC, al reducir a una décima parte del pasivo las adhesiones exigidas en el momento de presentar la PAC con la propia solicitud de concurso. Esta exigencia reducida, que ha sido bien acogida por la doctrina³⁶⁷, facilita e incentiva la utilización de la PAC, en la medida en que el deudor puede negociar con menos acreedores al necesitar sólo la adhesión de la décima parte del pasivo y en consecuencia debe invertir menos tiempo y menos recursos en la negociación con sus acreedores previa a la presentación de la PAC.

³⁶⁵ Vid., párrafos sexto y décimo, del Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2009.

³⁶⁶ En este sentido se expresa Felio VILARRUBIAS GUILLAMET, “El convenio anticipado en el nuevo Proyecto de Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.1-9.

³⁶⁷ Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La reforma –inármonica- de la Ley Concursal”, *op.cit.*, pág.4. Por otro lado, Ignacio RIPOL CARULLA, “Admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio...”, *op.cit.*, págs.365, a pesar de admitir que la modificación no resulta coherente con los objetivos y requisitos de aprobación de la PAC, reconoce la justificación del cambio normativo en algunos supuestos, como el de aquellos concursos en que el deudor, por su actividad ordinaria intragrupo, tuviera la mayor parte de su pasivo calificado como subordinado. De no admitirse la adhesión de los acreedores subordinados, afirma, se le estaría cerrando la puerta de la solución del concurso deseada por el legislador.

En segundo lugar, se ha afirmado que la exigencia de adhesiones en el momento de la presentación de la PAC puede llegar a fomentar la inclusión de créditos falsos. Según algunos autores, el hecho de que las adhesiones las presente el propio deudor posibilita que éste altere indebidamente la relación de créditos o su cuantía para asegurar el cumplimiento del requisito del art.106.1 LC³⁶⁸. Aquellas suspicacias se ven propiciadas por el hecho de que el pasivo que se ha de tomar como referencia para comprobar el cumplimiento de la adhesión de la proporción de pasivo exigida es el presentado por el propio deudor, que, se entiende, se basa en la relación de acreedores que ha de acompañar la solicitud de declaración de concurso (art.6.2.4º LC) o que ha de aportar el deudor con posterioridad a la notificación del auto de declaración de concurso necesario (art.21.1.3 LC)³⁶⁹, documento que aún no ha sido valorado por la administración concursal, a quien corresponde elaborar la lista definitiva de acreedores (art.94 LC).

Sin embargo, son diversas las cautelas que ya prevé la propia LC para combatir la inclusión de créditos falsos. Y es que, tal como hemos apuntado anteriormente, la exigencia de una aceptación parcial de la PAC previa al inicio del concurso, o con posterioridad a la declaración de concurso pero en cualquier caso fuera de los tribunales, no significa que el acto de comunicar la PAC y aceptarla quede sin supervisión judicial, antes bien estos actos deben cumplir

³⁶⁸ Vid., María ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales...*, *op.cit.*, págs.230-234.

³⁶⁹ Vid., Andrés GUITÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 106”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1076-1080.

los requisitos que la LC exige para su presentación y aceptación dentro del concurso. Por lo tanto, no es el deudor quien presenta las adhesiones, sino que son los acreedores los que se adhieren a la PAC, debiendo cumplir los requisitos del art.103 LC, y que han de comunicar la existencia de sus créditos a la administración concursal (art.85 LC). En segundo lugar, la administración concursal debe reconocer los créditos comunicados (art.86 LC) y elaborar la lista definitiva de acreedores, que incluye la clase y cuantía de cada crédito y que de no coincidir con la clase o cuantía de los créditos en los términos expresados en la adhesión de los acreedores puede ser impugnada siguiendo el procedimiento del art.96.5 LC. Además, cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la lista de acreedores definitiva, los acreedores afectados pueden revocar su adhesión, puesto que de lo contrario se les tiene por adheridos en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista (art.108.2 LC). Finalmente, se constituye como causa de oposición a la aprobación del concurso y de rechazo de oficio la adhesión o voto emitido por quien no fuere titular legítimo del crédito (art.128.1 LC) ³⁷⁰. Con ello se pone en evidencia que, de concretarse los temores de listas de acreedores ficticias o manipuladas por el deudor que alega la doctrina, la LC prevé mecanismos de protección de los acreedores³⁷¹.

³⁷⁰ Por otro lado, DE LA CUESTA RUTE recuerda las consecuencias penales para el deudor si presenta créditos falsos, lo cual resulta un poderoso desincentivo a dicha práctica añadido a las cautelas de la LC. Vid., José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal...*, *op.cit.*, págs.63.

³⁷¹ Vid. María ENCISO ALONSO-MUÑUMER, *La judicialización de los convenios extrajudiciales...*, *op.cit.*, págs.230-234.

El cambio introducido por el Real Decreto-ley 3/2009 en relación a la sustitución de la exigencia de las adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados por las de acreedores de cualquier clase denota que el legislador no comparte aquellas suspicacias, al mantener la exigencia de adhesiones pero reduciendo los requisitos exigidos para cumplir con las adhesiones, pues permite al deudor presentar adhesiones sin atender a su clase³⁷². Es por este motivo que esta modificación no ha sido tan bien recibida por la doctrina, puesto que la nueva redacción parece incluir a los acreedores subordinados, que, al carecer de derecho de voto y de adhesión, no podrían ser computados con posterioridad como adhesiones favorables a la PAC³⁷³. Es cierto que si la PAC se presenta con las adhesiones de acreedores subordinados, ello no significa que se otorgue derecho de voto o adhesión a los acreedores subordinados sino que una vez la administración concursal elabore la lista definitiva de acreedores y compruebe esa circunstancia debería informar al juez para que en el momento de verificar si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida no compute aquellas adhesiones. Podría suceder que sin esas adhesiones, la PAC no reuniese la mayoría suficiente para ser aprobada y el juez debiese rechazar de oficio la aprobación del convenio. De ser ese el caso, debe admitirse que las consecuencias de tal rechazo, en función de si éste se produce en la fase común o en la fase de convenio (arts.110 y 143 LC), son un argumento en contra de la admisión en el momento de la presentación

³⁷² Si bien el art.103.3 LC establece que la adhesión debe expresar la cuantía y la clase del crédito.

³⁷³ Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La reforma –inarmónica- de la Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.1-7, quien se muestra contrario a esa posibilidad.

de la PAC de adhesiones emitidas por acreedores sin derecho de voto³⁷⁴. Pero por otro lado, el hecho de que el deudor pueda presentar una PAC con las adhesiones de cualquier acreedor le permite desentenderse de la clasificación de los créditos cuyos titulares se adhieran a la PAC y por tanto facilita y agiliza la presentación de la PAC así como la consecución de un convenio mediante la PAC, especialmente en aquel supuesto en que el deudor logre reunir la mayoría legalmente exigida para su aceptación aun sin computar las posibles adhesiones iniciales de acreedores sin derecho de voto. Y es que si el deudor debe detenerse a identificar la clase de las adhesiones que se emitan, puede invertir un tiempo que provoque la demora en la presentación de la PAC, demora que puede acabar menoscabando el valor de su patrimonio y frustrando la conclusión de un acuerdo que consiga un uso óptimo de los bienes que integran aquel patrimonio. En cambio, la interpretación del art.106.1 LC en el sentido de permitir las adhesiones de cualquier tipo de acreedor, incluso aquellos sin derecho de adhesión, conduce al deudor a desentenderse de aquella clasificación y presentar cuanto antes la PAC, a la que, una vez admitida a trámite, pueden

³⁷⁴ Se ha planteado en la doctrina la posibilidad de que la existencia de adhesiones de créditos subordinados se controle no sólo en el momento de la aprobación del convenio sino en un momento anterior, esto es en el momento de la admisión a trámite de la PAC o incluso, al amparo del art.107.2 LC, después que los administradores concursales emitan una evaluación desfavorable o con reservas por la existencia de la adhesión de acreedores subordinados, permitiendo al juez dejar sin efecto la admisión de la PAC. En este sentido, vid. José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs.71-72. Cabe decir, sin embargo, que el primer supuesto de control sería inoperativo pues seguiríamos sin contar aún con la lista definitiva de acreedores elaborada por la administración concursal para un control de la legalidad de las adhesiones emitidas para la presentación de la PAC. Y otro tanto puede decirse respecto al segundo supuesto, puesto que el juez da traslado de la PAC a la administración concursal para que esta proceda a su evaluación en un plazo no superior a diez días, de manera que si la PAC se ha presentado con la solicitud de concurso la administración concursal aún no tendrá el texto definitivo de la lista de acreedores.

adherirse otros acreedores con los que el deudor no ha negociado antes de la declaración de concurso, favoreciéndose así en gran medida una tramitación más rápida y menos costosa de la PAC. Estas ventajas parecen compensar los riesgos del posible rechazo de la aprobación de la PAC, debiendo concluir que la admisión de las adhesiones de acreedores de cualquier clase se muestra consistente con las finalidades de la PAC.

Asimismo, el control sobre la correcta clasificación de los créditos adheridos a la PAC no puede realizarse en el momento de la presentación de la PAC, ya que la administración aún no ha procedido al reonomiento de los créditos ni ha elaborado la lista definitiva de acreedores, donde constan la cuantía y clase de los créditos³⁷⁵. Por ello, no reporta ninguna garantía o ventaja especial el hecho de exigir al deudor que se preocupe de la identificación de los créditos en el momento de presentar la PAC si tampoco existe el control necesario para poder contrastar la legalidad de aquella identificación.

A pesar de las críticas vertidas sobre la exigencia de la adhesión de la quinta o décima parte del pasivo del deudor y al margen de la constatación de la existencia de mecanismos suficientes en la LC para superar las desventajas que se le atribuyen, aquella exigencia persigue obligar al deudor a negociar el contenido de la PAC con alguno o algunos de sus acreedores antes de iniciar el concurso, y no sólo a negociar sino a comunicar la PAC para que aquellos puedan prestar su consentimiento a favor de la PAC, lo cual es plenamente

³⁷⁵ En este sentido, vid. José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.70-72.

consistente con las finalidades de la PAC y con su configuración híbrida, esto es la de una solución con rasgos propios de los acuerdos extrajudiciales y de los convenios concursales en un intento de capturar las ventajas de ambos tipos de soluciones a los problemas de solvencia del deudor³⁷⁶.

En primer lugar, la exigencia de la adhesión a la PAC de la quinta o décima parte del pasivo, promueve la autonomía de las partes, que negocian el contenido de la PAC sin la intervención judicial, aunque respetando la disciplina sobre el contenido de la PAC prevista en la LC. En segundo lugar, fuerza al deudor a iniciar contactos con sus acreedores y preparar una propuesta de convenio que satisfaga los intereses de aquellos con antelación al concurso, adelantando en el tiempo de esta manera su actuación para resolver los problemas de solvencia que padece, lo que contribuye a conseguir la finalidad de anticipar la declaración de concurso, en especial la exigencia reducida en caso de presentar la PAC con la propia solicitud. Conviene recordar que la PAC es una figura que no sólo beneficia a los acreedores sino también al deudor, puesto que le permite resolver sus problemas de solvencia de manera menos costosa que otras alternativas negociadas (esto es, acuerdos extrajudiciales y propuesta ordinaria de convenio), por lo que el deudor está claramente incentivado para iniciar oportunamente las negociaciones sobre la PAC con sus acreedores. En tercer lugar, como ya apuntamos, la adhesión a la PAC de los acreedores previa

³⁷⁶ Vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo.104”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.801-806, para quien las adhesiones exigidas son una evidencia de que la PAC es una solución negociada ya con antelación a su presentación con determinados acreedores y existe la expectativa de que sea aceptada por el resto de acreedores hasta reunir la mayoría necesaria para ser aprobada por el juez.

al concurso cumple una función informativa y por lo tanto reduce las asimetrías de información entre los acreedores en el sentido de que el apoyo que determinados acreedores den a la PAC, especialmente si se trata de entidades de crédito, traslada al resto de acreedores la idea de que la propuesta presentada es viable y puede ser una buena solución para sus intereses. Asimismo, esta función informativa puede motivar la adhesión del resto de acreedores y reducir el tiempo de tramitación. Todo ello a su vez favorece la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, que al anticiparse la declaración de concurso y reducirse los costes del concurso se encuentra menos deteriorada por el paso del tiempo y los efectos del concurso, y la satisfacción de los acreedores, en la medida en que si el patrimonio del deudor está menos deteriorado dará un mayor rendimiento, lo que se traduce en una mayor cuota de satisfacción a los acreedores.

3.3. La legitimación para presentar la PAC

Si el deudor consigue reunir la adhesión de la quinta o décima parte del pasivo, está en disposición de presentar la PAC ante el juez del concurso, siempre y cuando cumpla con la disciplina sobre legitimación para presentar la PAC contenida en los arts.104 y 105 LC. Según el art.104 LC, el deudor que no hubiese solicitado la liquidación y no esté afectado por ninguna de las prohibiciones del art.105 LC puede presentar la PAC. Aunque al igual que en la propuesta ordinaria de convenio para presentar la PAC se exige que no se haya

solicitado la liquidación³⁷⁷, las reglas sobre la legitimación de la PAC difieren sustancialmente de las previstas para la propuesta ordinaria.

La primera diferencia está relacionada con los acreedores. Así, mientras que los acreedores cuyos créditos superen, conjunta o individualmente, la quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores pueden presentar propuesta ordinaria de convenio (art.113 LC), el art.104 LC no permite a los acreedores presentar la PAC. La exclusión de los acreedores de la legitimación para presentar la PAC se podría explicar por la situación económica del deudor a la hora de solicitar el concurso y presentar la PAC. En el primer capítulo de este trabajo concluimos que la figura de la PAC cobra todo su sentido en situaciones de insolvencia inminente³⁷⁸. En estas situaciones, los acreedores desconocen la situación patrimonial del deudor. Sólo éste dispone de la información suficiente para determinar que está en una situación de insolvencia inminente y solicitar el concurso³⁷⁹. Sin embargo, este argumento no es definitivo porque el deudor también puede presentar la PAC en caso de que hayan sido los acreedores los que hayan solicitado la declaración de concurso y por lo tanto la situación sea de insolvencia actual.

³⁷⁷ Aunque la dicción literal de la LC se refiera a “no haber solicitado la liquidación”, algún autor entiende la solicitud de la liquidación como revocable y en ese sentido sería más correcto exigir que el deudor no “tenga” la liquidación solicitada, es decir que no haya solicitado la liquidación sin revocarla. Vid., Ángel ROJO, *El convenio anticipado*, *op.cit.*, pág.21. Sobre este punto volveremos en el siguiente Capítulo.

³⁷⁸ Vid., *supra*, págs.167-171.

³⁷⁹ En esta línea, vid., María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Comentario al artículo 104”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1193-1996.

Tampoco las razones técnicas que podrían esgrimirse para impedir el acceso de los acreedores a la presentación de la PAC parecen definitivas. La PAC puede presentarse desde la solicitud del concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art.104 LC), y cuando se presenta la PAC la lista de acreedores aún no es definitiva y sólo lo es al final de la fase común, una vez transcurrido el plazo de impugnación de la lista sin haberse presentado impugnaciones o habiéndose resuelto las presentadas³⁸⁰. En este sentido, excluir a los acreedores de la legitimación para presentar la PAC evitaría situaciones de inseguridad que aparecerían de permitirse propuestas de convenio presentadas por acreedores que una vez definitiva la lista de acreedores se confirma que en realidad no tienen tal condición. Piénsese en los costes y en la inseguridad que supondría permitir semejante propuesta si además de ser presentada por un acreedor que no resulta ser tal recibiese la adhesión de otros acreedores. Es cierto que el acreedor que solicita la declaración de concurso ha de expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual de su crédito, acompañada de documento acreditativo (art.7.1 LC). Pero también es cierto que la administración concursal puede excluir estos créditos de la lista de acreedores en el momento de proceder a su confección o bien como consecuencia de la impugnación de la lista (arts.94-97 LC). Sin embargo, aquellos costes e inseguridad también los puede generar la adhesión de la décima o quinta parte de los acreedores a la PAC exigida para su admisión a

³⁸⁰ Vid., Eduardo GALÁN CORONA, “El convenio...”, *op.cit.*, pág.328.

trámite, con lo cual no son la causa de la exclusión de los acreedores de la legitimación para presentar la PAC.

El que a nuestro entender es el argumento decisivo para negar la legitimación a los acreedores para presentar la PAC es nuevamente el referente a la naturaleza híbrida de la PAC, situada entre convenio extrajudicial y convenio concursal, que la convierte en una solución negociada a los problemas de solvencia del deudor consistente, en todo caso, y a diferencia de la propuesta ordinaria de convenio, en un acuerdo entre el deudor y alguno o algunos de los acreedores y gestado antes del inicio del concurso, con la finalidad de aprovechar las ventajas que su negociación y aceptación parcial en sede extrajudicial presentan respecto de una propuesta de convenio tramitada íntegramente en sede judicial. Estas ventajas se refieren principalmente, como vimos, a la reducción de los costes concursales. Por tanto, para que la PAC consiga reducir los costes concursales la LC la configura como una solución que debe haber sido negociada y aceptada parcialmente antes del concurso y por consiguiente su presentación no puede contar únicamente con la voluntad del deudor, puesto que, como acabamos de ver, para admitir a trámite la PAC ésta debe ir acompañada por la adhesión de una quinta o décima parte de los acreedores, ni tampoco pueden realizarla los acreedores. De esta manera, si los acreedores creen que la mejor vía para resolver los problemas de solvencia del deudor es la PAC, por la mayor rapidez y menores costes que supone, se ven forzados, ante la falta de legitimación para presentar la PAC, a ponerse de acuerdo con el deudor para que sea éste quien la presente con la adhesión de los acreedores exigida para su admisión a trámite,

exigencia que mitiga la falta de legitimación de los acreedores para presentar la PAC.

La segunda diferencia entre el régimen sobre legitimación para presentar la PAC y el de la propuesta ordinaria de convenio tiene que ver con el tipo de deudor que puede presentar propuesta de convenio. Sólo aquel deudor que no esté incurso en alguna de las prohibiciones previstas en el art.105 LC está legitimado para presentar la PAC, a diferencia de lo previsto en el caso de la propuesta ordinaria, que puede ser presentada por cualquier deudor, esté afectado o no por alguna de las prohibiciones de las previstas en el art.105 LC.

3.3.1. Las prohibiciones del art.105 LC

Hemos visto en el capítulo anterior³⁸¹ como las asimetrías de información son uno de los factores que puede hacer fracasar las negociaciones que el deudor y sus acreedores inician para evitar la intervención costosa de los tribunales a la hora de resolver los problemas de solvencia del primero. Particularmente relevante es la falta de información sufrida por algunos acreedores sobre el valor del patrimonio del deudor, que es atajada por el procedimiento concursal mediante un conjunto de instrumentos destinados a revelar aquella información.

En primer lugar, la LC obliga al deudor a adjuntar a la solicitud de declaración de concurso una serie de documentos que contienen información relevante

³⁸¹ Vid. *supra*, págs.148-152.

sobre su situación patrimonial y financiera (art.6 LC). Aparte de mencionar en el escrito de solicitud si su estado de insolvencia es actual o inminente, el deudor debe acompañar la solicitud con una memoria expresiva de su historia económica y jurídica, de la actividad a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Si el deudor es persona jurídica, debe indicar además en esta memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en el mercado secundario oficial. Además de esta memoria, el deudor debe presentar un inventario de bienes y derechos, con todos los datos relevantes sobre éstos, y una relación de sus acreedores, con la información correspondiente a los créditos. Finalmente, si el deudor está legalmente obligado a llevar contabilidad, tiene que acompañar las cuentas anuales e informes de gestión y de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios y la memoria de los cambios significativos acontecidos en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas depositadas y de las operaciones que excedan de su giro o tráfico ordinario. Debe también presentar los estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, si estuviese obligado a comunicarlos a entidades supervisoras, y las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados, el informe de auditoría sobre dichas cuentas, así como una memoria expresiva de

las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo, si formase parte de un grupo de empresas.

En segundo lugar, el informe que ha de elaborar la administración concursal constituye el instrumento de información a los acreedores más relevante del concurso. Este informe se basa en parte en la documentación que el deudor debe aportar con la solicitud de declaración de concurso. Según el art.75 LC, la administración concursal debe analizar los datos contenidos en la memoria y en la contabilidad aportados por el deudor. Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, la administración concursal las formula en base a los libros y documentos del deudor e información que éste facilite y de cuanta otra obtenga. El informe debe incluir asimismo una exposición sobre la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso. A este informe se unen el inventario de la masa activa y la lista de acreedores que debe confeccionar la administración concursal.

Toda esta documentación preparada por la administración concursal, con el fin de que cumpla su función de informar debidamente a los acreedores, para quienes aquella documentación tiene un gran valor, debe ser transmitida a los acreedores oportunamente. Es por este motivo que la LC prevé mecanismos de publicidad de tal documentación. Así, conforme al art.95 LC, la presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notifica a quienes se hayan personado en el concurso en el

domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publica en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. La notificación y publicidad de la documentación mencionada tiene lugar durante la fase común del concurso, antes de que se decida el destino final del patrimonio del deudor, puesto que es en este momento cuando los acreedores necesitan la información que aquella documentación les proporciona para decidir ese destino.

Además, en función de la fase que siga a la fase común, la LC prevé mecanismos de información adicionales. Aunque en la fase de liquidación el plan de liquidación elaborado por la administración concursal puede ser objeto, después de la publicidad pertinente, de observaciones y modificaciones por parte del deudor y de los acreedores, es en la fase de convenio donde el derecho de información de los acreedores se ve especialmente reforzado, con la celebración de la junta de acreedores. En este contexto, estos pueden ejercer su derecho de información mediante la posibilidad de plantear preguntas y solicitar aclaraciones a la administración concursal sobre el informe que ha elaborado (art.120 LC) y de debatir la propuesta de convenio, además de disponer del escrito de evaluación sobre la propuesta también elaborado por la administración del concurso en el que valora el contenido de la propuesta en relación con el plan de pagos y en su caso con el plan de viabilidad (art.115 LC).

Estos instrumentos informativos que acabamos de exponer, y de los que disponen los acreedores cuando se tramita una propuesta ordinaria de convenio, no se despliegan por completo, sin embargo, en la tramitación de la PAC. En primer lugar, porque, como ya hemos explicado, si el deudor presenta

una PAC y ésta es aceptada por la mayoría de los acreedores, el concurso puede finalizar con la aprobación de la misma sin que se haya abierto la fase de convenio y por lo tanto las posibilidades de información que ofrece la junta de acreedores desaparecen. Y en segundo lugar, porque, a pesar de que también en la tramitación de la PAC los acreedores disponen del informe de la administración concursal y la documentación que lo acompaña en la fase común, aquellos pueden adherirse a la PAC sin que estén aprobados los textos definitivos del inventario de la masa activa y la lista de acreedores, puesto que el art.108 LC permite la adhesión a la PAC desde su admisión a trámite. Todo ello con el propósito de reducir el tiempo de tramitación del concurso. De manera que el legislador, ante la posibilidad de que la reducción de tiempo que la PAC consigue mediante la eliminación de la fase de convenio comporte una merma en las garantías de información que el procedimiento concursal debe proporcionar a los acreedores, había de articular un mecanismo que dotara a la PAC de las suficientes garantías como para permitir que los acreedores se adhieran a la propuesta de convenio presentada por el deudor sin disponer aún de la información sobre el inventario de la masa activa y la lista de acreedores definitiva. Este mecanismo es doble: por un lado el requisito previsto en el art.106 LC relativo a la necesaria adhesión a la PAC de una quinta parte del pasivo presentado por el deudor, que ya ha sido objeto de análisis, y por el otro la disciplina sobre la legitimación para presentar la PAC y más en concreto el establecimiento de una serie de prohibiciones que impiden a determinados deudores presentar una PAC (art.105 LC).

A pesar de que a nuestro parecer los problemas de información son los que justifican la imposición de las restricciones subjetivas para presentar la PAC del art.105 LC, esta no es una opinión generalizada en la doctrina, que las entiende como una expresión de un beneficio al “buen deudor”, como un privilegio al alcance sólo de los deudores honestos para solucionar con rapidez sus problemas de insolvencia³⁸². Según esta corriente doctrinal, la restricción para presentar una PAC entra en conflicto con la política legislativa de la LC y con la función del concurso. En primer lugar, esta restricción sería contraria a la intención de la LC de favorecer la solución de convenio, en la medida en que estas prohibiciones reducen el número de legitimados para presentar la PAC. En segundo lugar, el establecimiento de estas prohibiciones iría en contra del principio que rige el Derecho concursal actual de no imponer sanciones a la conducta del deudor concursado que puedan influir negativamente en la solución final del concurso. En sus orígenes el Derecho concursal tenía como función la autodisciplina de la clase mercantil mediante la imposición de sanciones penales al mal comerciante. El deudor había de ser de buena fe o, en los términos que clásicamente se han utilizado para designarlo, “honesto pero desafortunado”, para poder solucionar su situación de insolvencia sin sufrir sanciones penales³⁸³. En el Derecho concursal actual, por el contrario, la conducta del deudor es valorada al margen de la solución que se da al concurso. En el caso de la LC, es la sección de calificación el espacio destinado a valorar la conducta del deudor o de sus administradores o liquidadores, si es persona

³⁸² Vid. por todos, Juana PULGAR EZQUERRA, “Las soluciones al concurso de acreedores...”, *op.cit.*, pág.444.

³⁸³ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, *ibidem*.

jurídica (arts.163-175 LC). El establecimiento de una serie de prohibiciones que impiden a determinados deudores presentar la PAC hace pensar a esta corriente doctrinal que la PAC se configura como un privilegio al buen deudor y no a la “buena empresa”, como un retorno a los orígenes de la disciplina sancionadora del Derecho concursal³⁸⁴.

Como apuntábamos, nuestra consideración sobre cuál es el fundamento de las prohibiciones del art.105 LC se aleja de las consideraciones de la doctrina mayoritaria. El fundamento de las prohibiciones no tiene que ver con la concesión de un beneficio o la imposición de una penalización al deudor merecedor de ello. Poco sentido tendría después permitir a un deudor que incurra en alguna de esas prohibiciones llegar a un convenio en la fase de convenio, que podría tener el mismo contenido que una PAC. La verdadera justificación de estas prohibiciones debe buscarse en la específica tramitación de la PAC respecto de la propuesta ordinaria de convenio y en la necesidad de proporcionar a los acreedores toda la información relevante sobre la situación patrimonial y económica del deudor que les permita decidir si adherirse o no a la propuesta presentada.

³⁸⁴ Esta línea crítica la sigue entre otros Emilio BELTRÁN, cuando afirma que de esta manera se está confundiendo la situación objetiva de la empresa con la conducta de sus titulares, la cual cosa supone que la sanción al deudor –prohibiéndole la presentación de una PAC- acaba recayendo sobre los acreedores, que verán reducido así su grado de satisfacción por el aumento de los costes. Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico”, en Ángel ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, op.cit., págs.335-336.

Siendo este el fundamento de las prohibiciones del art.105 LC, debemos analizar cada una de ellas y comprobar si son consistentes con él. Este análisis debe abordarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la información que proporciona cada prohibición, por lo que como paso previo al análisis de cada una de las prohibiciones debemos determinar qué tipo de información deberían proporcionar en atención a su fundamento. Como consideración general, cabe afirmar que la información relevante para los acreedores es aquella a partir de la cual pueden racionalmente decidir si aceptar la propuesta que el deudor les dirige o bien rechazarla porque existe una solución alternativa que mejora la satisfacción de su crédito. Y esta información no es otra que aquella que proporciona el informe de la administración concursal y el escrito de evaluación de la propuesta del convenio, documentos a su vez sobre los que versa el derecho de información que los acreedores pueden ejercer en la junta celebrada durante la fase de convenio. Por lo tanto, un primer referente para determinar el tipo de información que las prohibiciones han de revelar es la información que los acreedores obtienen en la tramitación de la propuesta ordinaria de convenio. Es decir, no estaría justificado que en la tramitación de la PAC se proporcionase menos información pero tampoco más información o diferente de la que se dispone en la tramitación de la propuesta ordinaria de convenio, puesto que la obtención de información tiene un coste y este coste recae sobre el patrimonio del deudor, lo cual exige que los costes de obtenerla no superen los beneficios que los acreedores pueden extraer de un procedimiento concursal más rápido.

Determinado el fundamento de las prohibiciones que el art.105 LC establece, es el momento ahora de analizar cada una de ellas. Prohibiciones que se han visto

drásticamente reducidas después de la reforma del Real Decreto-ley 3/2009, que elimina cuatro de los seis supuestos que configuraban las prohibiciones a la legitimación para presentar la PAC³⁸⁵.

³⁸⁵ Los supuestos eliminados son los siguientes: i) falta de inscripción en el RM cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria; ii) sumisión a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que está en trámite hayan pasado tres años desde la conclusión del otro; iii) realización dentro de los tres años anteriores a la fecha de la solicitud del concurso de algunos de los siguientes actos perjudiciales para la masa: disposición de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades al uso; disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de un tercero o de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado a que se refiere el art.93 LC, realizada en condiciones que, en el momento de su celebración, no fuesen las normales del mercado; pago de obligaciones no vencidas; constitución o ampliación de garantías reales para asegurar obligaciones preexistentes; otros actos que hayan estado declarados en fraude de acreedores por sentencia; iv) incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso previsto en el art.5 LC o infracción durante la tramitación del concurso de alguno de los deberes u obligaciones que impone la LC. Un variado listado de prohibiciones que se habían agrupado en supuestos de prohibición por incumplimiento de deberes u obligaciones, por un lado, y supuestos de prohibición por falta de garantías de cumplimiento del convenio, por el otro. Proponía esta clasificación María José MORILLAS JARILLO, "La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002", DN, La Ley, nº149, 2003, págs.1-40.

Según el fundamento expresado, que a nuestro parecer explica el régimen de las prohibiciones para presentar la PAC, algunas de las prohibiciones eliminadas estaban plenamente justificadas, como la falta de inscripción en el RM en caso de persona o entidad obligada o la infracción durante el concurso de los deberes u obligaciones que impone la LC. Respecto a la primera, que debía interpretarse en el sentido de prohibir la presentación de la PAC a aquellos deudores que estando obligados a inscribirse en el RM y no lo estaban en el momento de solicitar la declaración de concurso (aunque el juez ordenase aquella inscripción una vez declarado el concurso y el deudor estuviese inscrito en el RM antes de presentar la PAC), era claramente consistente con su fundamento, puesto que esa falta de inscripción habría impedido el depósito de las cuentas anuales, de manera que los acreedores no habrían tenido acceso a la información relevante sobre la situación patrimonial y financiera del deudor, debiendo esperar al informe de la administración concursal para obtenerla. Respecto a la segunda, los deberes u obligaciones que el deudor puede infringir desde la declaración del concurso hasta la expiración del plazo para presentar la PAC son los previstos en los arts.42 y 45 LC. El art.42 LC impone al deudor el deber de comparecer ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal las veces que sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario para el interés del concurso. El art.45 LC por su parte obliga al deudor a poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. El cumplimiento de estos deberes es fundamental para atender a la finalidad básica del concurso que es la satisfacción de los acreedores, puesto que resultan imprescindibles para que tanto el juez como la administración concursal puedan llevar a cabo sus funciones. Si el deudor incumple estos deberes, está obstaculizando la función de los órganos del concurso, que

no podrán proporcionar con prontitud toda la información relevante para que los acreedores tomen su decisión acerca de la adhesión a la PAC. Por lo cual, ambas prohibiciones quedaban plenamente justificadas.

En cambio, otras prohibiciones estaban sin justificar, como el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso o la sumisión a otro concurso de acreedores en los tres años anteriores a la solicitud del que está en trámite. En cuanto al incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, debemos reproducir las consideraciones expuestas al principio de este trabajo en el sentido de considerar el deber de solicitar la declaración de concurso un impedimento para la conclusión de acuerdos extrajudiciales entre el deudor y sus acreedores que podrían resultar beneficiosos para las partes. De manera que la prohibición para presentar la PAC que recaía sobre aquellos deudores que no habían solicitado la declaración de concurso siendo conocedores de su situación de insolvencia se convertía en una sanción que pretendía incentivar el cumplimiento de aquel deber pero que nada tenía que ver con la función de proporcionar información a los acreedores que debe guiar el análisis de las prohibiciones y que acababa añadiendo más obstáculos al intento de las partes de llegar a un acuerdo con los menores costes posibles, obligando al deudor a renunciar a otras maneras de resolver sus dificultades financieras. Respecto a la sumisión a otro concurso en los tres años anteriores a la solicitud del que está en trámite, se trataba de una prohibición que respondía a las dudas acerca de la eficiencia económica de una actividad empresarial que en el periodo de tres años ha estado sometida dos veces a un procedimiento concursal, circunstancia, sin embargo, que no representa ningún impedimento para presentar una propuesta ordinaria de convenio, con lo cual no se niegan las posibilidades de viabilidad futura del deudor que vuelve a solicitar el concurso en dicho plazo. Si las prohibiciones han de servir para proporcionar la información que los acreedores obtendrían en una junta de acreedores y a través del informe de los administradores concursales, no parecía ser esta una cuestión central a debatir en la junta y sí las posibilidades reales de viabilidad de la propuesta presentada por el deudor.

Finalmente, la prohibición consistente en la realización de determinados actos perjudiciales para la masa dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud del concurso era también criticable en su configuración, pues la falta de coordinación con el sistema de reintegración le restaba consistencia, aunque sí quedaba justificada la idea de no permitir el acceso a la PAC a aquellos deudores que hubiesen realizado actos que pudiesen ser rescindibles mediante una acción de reintegración, puesto que la administración concursal necesita más tiempo para proceder al ejercicio de las acciones pertinentes e informar a los acreedores sobre el resultado de las acciones emprendidas, resultado que obviamente influye en la conformación de la masa activa y por consiguiente en los recursos de que dispone el deudor para cumplir con el contenido del convenio.

Por todo ello, la decisión del legislador de eliminar algunas de las prohibiciones del art.105 LC no ha resultado acorde con el fundamento expuesto y ha buscado, a nuestro parecer, y ante las críticas vertidas sobre esta materia por la doctrina, simplificar el régimen sobre legitimación para presentar la PAC al margen del fundamento y las finalidades de la PAC.

A) La condena del deudor en sentencia firme por la comisión de determinados delitos

La LC prohíbe al deudor que haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socio-económico, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores a presentar la PAC³⁸⁶. Si el deudor es persona jurídica, incurre en esta causa de prohibición cuando hubiese sido condenado alguno de sus administradores o liquidadores, o de los que lo hubiesen sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

El establecimiento de esta prohibición responde a la preocupación del legislador sobre el comportamiento de un deudor o administrador del deudor persona jurídica con tales precedentes en relación al patrimonio de la empresa y en especial a los riesgos que puede suponer la continuidad de los administradores al frente de la gestión de la sociedad a la hora de acertar en el destino final de los bienes que integran aquel patrimonio. Se trata, pues, de una prohibición que hace referencia a un supuesto en que la actuación del deudor anterior a la declaración de concurso es vista con desconfianza por el legislador, que entiende que hay pocas probabilidades que el deudor, con semejante reputación profesional, cumpla el contenido de la propuesta de convenio³⁸⁷. Sin embargo,

³⁸⁶ La LC remite a los arts.234-269 CP para los delitos contra el patrimonio, a los arts.270-288 CP para los delitos contra el orden socio-económico, a los arts.390-399 para los delitos de falsedad documental, a los arts.305-310 CP para los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, y a los arts.311-318 CP para los delitos contra los derechos de los trabajadores.

³⁸⁷ Vid., María BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Comentario al artículo 105”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1197-1198, y

la intencionalidad del legislador y la articulación de la prohibición distan de ser consistentes con el fundamento ya expuesto de las prohibiciones, lo que le ha valido las críticas de la doctrina³⁸⁸.

Aceptando que la prohibición analizada responde a la desconfianza del legislador respecto a la conducta del deudor o administrador afectado por aquella en relación al patrimonio del deudor y al cumplimiento del convenio, deberíamos hacer una primera crítica, cual es la de que la prohibición adolece de falta de coordinación con la legislación societaria, en concreto con el art.213 LSC, que prohíbe ser administradores de una sociedad de capital a aquellos administradores condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, y con el art.224 LSC, que establece que los administradores de la sociedad anónima que incurran en esta prohibición sean inmediatamente destituidos, a petición de cualquier accionista. Esta exposición del contenido de los preceptos de la LSC permite detectar una contradicción de valoración entre aquellos y la LC al establecer un listado distinto de delitos, puesto que la LC añade a los delitos previstos en la LSC los delitos contra la Hacienda Pública, Seguridad Social y derechos de los trabajadores mientras que no recoge los delitos contra la libertad, lo que puede llevar a situaciones incomprensibles como la de prohibir la presentación de la PAC a una sociedad en la que haya un administrador

María José MORILLAS JARILLO, “La reforma del Derecho Concursal español”, *op.cit.*, págs.1-40, quien la considera una prohibición por falta de garantías en el cumplimiento del convenio.

³⁸⁸ Vid., Eduardo GALÁN CORONA, “El convenio...”, *op.cit.*, pág.331.

condenado por ejemplo por impedir el ejercicio de la libertad sindical cuando este delito no le impide seguir siendo administrador de dicha sociedad según la LSC.

En segundo lugar, la extensión subjetiva de la prohibición y la amplitud del listado de delitos resultan excesivas. Así, el hecho de que se dé esta causa de prohibición cuando hayan sido condenados por cualquiera de los delitos mencionados quienes hubieran sido administradores o liquidadores en los tres años anteriores a la presentación de la PAC, implicando la comisión de alguno de los delitos mencionados la destitución del condenado como administrador de la sociedad concursada, resulta excesivo puesto que aunque ésta deja de estar vinculada a aquel y por tanto ya no existe el riesgo que el legislador atribuye a la comisión de los delitos causa de la prohibición, la LC sigue uniendo la actuación del administrador a la actuación de la sociedad concursada y, en especial, a las soluciones de la sociedad a su insolvencia. De manera que la presente prohibición en supuestos de deudor persona jurídica en que el administrador condenado por alguno de los delitos previstos no forme parte ya de la sociedad concursada puede resultar perjudicial para el deudor y para sus acreedores, a los que se priva de las ventajas de concluir un convenio mediante la PAC, cuando ya no existe el riesgo de que el deudor llegue a imposibilitar su cumplimiento.

Igualmente excesivo resulta el listado de delitos del art.105.1.1º LC, que exigiría, para asegurar que los beneficios de la prohibición superen los costes que ésta provoca, una interpretación restrictiva que limitase el ámbito de

aplicación de la prohibición a los delitos cometidos por los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada en el ejercicio de su función como tales o a los delitos cometidos por el deudor en relación a su patrimonio, puesto que de lo contrario nos encontraríamos en situaciones claramente desproporcionadas, en que, de nuevo, no se aprecia el riesgo que el legislador quiere evitar en relación con el comportamiento del deudor o sus administradores respecto del patrimonio del deudor y del cumplimiento del convenio³⁸⁹. Y más si tenemos en cuenta que la LC no fija ningún límite temporal en la comisión del delito para que ésta sea tenida en cuenta a efectos del art.105 LC.

Sin embargo, la prohibición analizada merece una última, y esencial, crítica. Y es que, aun configurándose esta prohibición de forma restrictiva y coordinada con la legislación societaria, la intencionalidad del legislador a la hora de establecer esta prohibición resultaría inconsistente con el fundamento de las prohibiciones en general y que hemos expuesto al inicio de abordar esta cuestión. Debemos admitir que un deudor condenado por la comisión de un delito de insolvencia punible, por ejemplo, o una sociedad administrada por un administrador condenado por insolvencia punible puede generar una gran desconfianza entre los acreedores, especialmente en la tramitación de una propuesta de convenio, que puede prever su continuidad al frente de la

³⁸⁹ Así, podría impedirse la presentación de la PAC a una sociedad que cuenta con un administrador que resultó condenado por hurto de un vehículo a motor, por ejemplo. En este sentido, vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 105”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.807-816.

administración de la sociedad reorganizada. Sin embargo, la comisión de alguno de los delitos referidos no es obstáculo para la admisión y tramitación de una propuesta ordinaria ni para la tramitación del procedimiento abreviado³⁹⁰, lo cual indica que el legislador no aprecia el riesgo de mala gestión del patrimonio del deudor e incumplimiento del convenio que sí detecta en la PAC, pues de lo contrario no se entendería que sólo en un caso previera medidas para evitar aquel riesgo. No existiendo en la configuración de la PAC ningún elemento que agrave dicho riesgo en comparación a una propuesta ordinaria o al procedimiento abreviado, nos vemos obligados a rechazar el riesgo de mala gestión del patrimonio e incumplimiento del convenio como fundamento de la prohibición.

A nuestro entender, la información sobre los delitos cometidos por el deudor o sus administradores puede ser de poco interés para los acreedores, más preocupados por el futuro del patrimonio del deudor que no de su pasado³⁹¹. Y más si cuentan con la posibilidad de que los administradores del concurso hagan un seguimiento del deudor hasta el íntegro cumplimiento del convenio. A raíz de esta última idea, se aprecia como la previsión de esta prohibición, basada en la desconfianza hacia el deudor, ignora las medidas establecidas en la LC para asegurar el cumplimiento del convenio aprobado en el concurso, como son

³⁹⁰ Es cierto que el art.75.3 LC prevé que el informe de la administración concursal concluya con una exposición motivada acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso, aspectos sobre los cuales los acreedores pueden solicitar aclaraciones en la junta (art.120 LC), entre los cuales podría encontrarse el historial delictivo del deudor o de los administradores de la sociedad.

³⁹¹ Vid., Paul Joseph THIMMIG, “Adequate Disclosure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code”, *op.cit.*, págs.1527-1562.

las del art.133.2 LC, según el cual cesan en su cargo los administradores concursales sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o a alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento, y del 137 LC, en virtud del cual el convenio puede establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor.

En definitiva, esta prohibición no sólo supone una cautela añadida en comparación a una propuesta ordinaria de convenio o a la tramitación de un procedimiento abreviado que no queda justificada por las finalidades que persigue la PAC sino que la información que revela hace referencia al pasado del deudor y no a la viabilidad futura de su actividad empresarial o profesional o al contenido de la propuesta de convenio, información ésta, y no otra, que los acreedores necesitan para tomar una decisión racional en relación a la PAC en orden a satisfacer sus intereses. Se aleja, pues, del que a nuestro parecer es el fundamento de las prohibiciones.

B) Incumplimiento del deber de depósito de las cuentas anuales

La LC sanciona al deudor que no haya depositado las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso no legitimándolo para presentar la PAC, a la vez que presume en tal supuesto la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, presunción que puede llevar a la calificación del concurso como culpable (art.165.3º LC).

El depósito de las cuentas anuales por parte de aquellas entidades obligadas a ello³⁹² persigue el cumplimiento de la función informativa que fundamenta la disciplina contable del empresario. Tal como prevé el art.34.2 Ccom, las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, por lo que aquel depósito cumple con la función de proporcionar a los socios, a los acreedores y a los terceros información sobre la situación patrimonial y financiera de las entidades obligadas. De esta manera, el incumplimiento del deber de depósito frustra la función informativa que el legislador le asigna. El ordenamiento reacciona frente a este incumplimiento imponiendo una serie de sanciones, provenientes de diferentes ámbitos normativos, que incentiven al empresario a cumplir regularmente con aquel deber. Así, el legislador impone una sanción de carácter registral, que consiste en el cierre del RM a la sociedad mientras persista el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales (art.282.1 LSC). También se prevé la imposición a la sociedad que incumpla la obligación de depositar las cuentas anuales de una multa por parte del ICAC (art.283 LSC).

³⁹² Están obligadas al depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones (art.279 LSC), por un lado, y las sociedades colectivas y comanditarias simples cuando todos sus socios sean sociedades (art.41.2 C.com), por otro. Cabe añadir las entidades de otra naturaleza, cuando por su actividad y volumen de negocios alcancen los requisitos previstos en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Por su parte, el art.365 RRM obliga a los administradores de las sociedades anónimas, limitadas, comanditarias por acciones y de garantía recíproca, fondos de pensiones y, en general, cualesquiera otros empresarios que en virtud de disposiciones vigentes vengán obligados a dar publicidad a sus cuentas anuales, a presentar éstas para su depósito en el RM de su domicilio, dentro del mes siguiente a su aprobación.

La prohibición del art.105.1.2º LC se nos aparece, en la línea de las normas citadas, como una sanción más, en este caso por parte de la legislación concursal, al incumplimiento de la obligación de depósito. La LC sanciona al deudor que ha incumplido dicha obligación porque existe una falta de información a los acreedores, que no pueden acceder a la información que suministran las cuentas anuales del concursado. Aunque en el procedimiento concursal la información definitiva sobre la situación patrimonial del deudor y que fundamenta la decisión de los acreedores a adherirse o no a la PAC la suministra, como ya hemos explicado, el informe de la administración concursal así como la documentación que lo acompaña, éste se basa primordialmente en la información proporcionada por el deudor mediante la documentación que el art.6 LC le obliga a aportar cuando solicita la declaración de concurso, entre la que figuran las cuentas anuales. La importancia de la documentación proporcionada por el deudor se refleja también en el art.45 LC, que exige al deudor poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. Y en el art.46 LC, según el cual, declarado el concurso, subsiste la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales.

Es claro pues que el deber de depositar las cuentas anuales, cuyo incumplimiento supone la prohibición de presentar la PAC, está relacionado con el suministro de información sobre la situación financiera y económica del deudor, lo que dota de pleno sentido a la prohibición que estamos analizando y se muestra consistente con el fundamento de las prohibiciones y con las

finalidades de la PAC. En especial, la prohibición analizada sirve al cumplimiento de la finalidad de reducción de costes, puesto que la falta de determinada información relevante para la decisión de los acreedores de adherirse a la PAC, contenida en las cuentas anuales, aumenta los costes de su negociación antes del concurso, dificultando la obtención por parte del deudor de las adhesiones de la quinta o décima parte de su pasivo necesarias para presentar la PAC, y también los costes del concurso, puesto que si el deudor declarado en concurso no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, éstas han de ser formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, y de la información que éste le facilite (art.75.1 LC), lo que requiere una mayor inversión de tiempo por parte de la administración concursal para recopilar la información necesaria no proporcionada por el deudor, incrementándose así la duración y costes del procedimiento concursal. Por todo ello, la prohibición analizada queda plenamente justificada en base a la reducción de los costes del concurso y al favorecimiento de la aceptación de la PAC así como de la consecución del convenio.

Este fundamento sirve para considerar igualmente incurso en esta prohibición aquel deudor cuyas cuentas anuales no hayan sido formuladas o aprobadas por el órgano competente y por tanto estrictamente no hubiese incumplido el deber de depositarlas, puesto que las consecuencias de la falta de formulación o de aprobación son las mismas que las derivadas de la falta de depósito, esto es el impedir a los acreedores el acceso a la información relevante sobre el deudor.

Posicionamiento éste no compartido por cierta doctrina, que defiende que para que el deber de depósito de las cuentas anuales resulte incumplido, y por tanto concorra la causa de prohibición del art.105.1.2 LC, primero ha de nacer y ser exigible, circunstancia que no acontece cuando las cuentas no han sido formuladas por los administradores o no han sido aprobadas por la junta general, de modo que el depósito de las cuentas no ha podido practicarse pero a su vez no se ha incumplido deber alguno³⁹³. Según esta doctrina, en tales casos, y pese a la falta de depósito, al no haber incumplimiento de deber, el deudor no incurre en la prohibición analizada, puesto que el deber legal que conlleva la falta de legitimación para presentar la PAC se infringe cuando, aprobadas las cuentas por el órgano competente, el depósito no se ha realizado dentro del plazo establecido por la Ley. A nuestro parecer, por el contrario, siendo el fundamento de las prohibiciones la falta de información que se deriva para los acreedores, es consistente con este la consideración de la falta de formulación o de aprobación de las cuentas anuales como prohibición, pues estos casos, si bien no suponen estrictamente un incumplimiento del deber de depósito de las cuentas, sí conducen a la misma falta de información que genera la falta de depósito de las cuentas y dificultan la consecución de las finalidades de la PAC³⁹⁴.

³⁹³ Vid., José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal*, op.cit., págs.66-68, y Ángel ROJO FERNÁNDEZ RÍO, *El convenio anticipado*, op.cit., págs.71-72.

³⁹⁴ En contra, José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley concursal*, op.cit., págs.66-68, quien afirma que la falta de depósito puede llegar a privar a terceros de la información sobre los estados contables pero tal resultado no tiene por qué implicar necesariamente el incumplimiento del deber que recae sobre el deudor, que es la única conducta, a su parecer, que la LC sanciona en esta prohibición y no el resultado de la privación de información.

3.4. Requisitos formales y documentación de la PAC

La LC impone una serie de requisitos formales y de documentación que la PAC debe reunir para ser admitida a trámite. Los requisitos formales de la propuesta de convenio se encuentran recogidos en el art.99 LC, mientras que los documentales están previstos en el art.100 LC, que a pesar de estar destinado al régimen del contenido de la propuesta de convenio recoge también los documentos que deben acompañar a la propuesta de convenio en el momento de su presentación ante el juez del concurso³⁹⁵.

3.4.1. Forma y formalidades de la PAC

Cuando hablamos de la forma de la PAC, y de la propuesta de convenio en general, nos referimos a aquel medio de expresión a través del cual se emite y que sirve para darla a conocer a sus destinatarios. El art.99.1 LC recoge esta cuestión imponiendo la forma escrita en la formulación de la propuesta de convenio. De esta manera quedan descartadas las propuestas formuladas oralmente, en el momento de la junta de acreedores. Esta imposición de la forma escrita cumple, en opinión de la doctrina civilista, una función de certidumbre del contrato, frente a las propias partes contratantes y frente a

³⁹⁵ La distinción entre requisitos formales y de contenido de la propuesta de convenio no es una disquisición con mera trascendencia teórica sino que tiene consecuencias relevantes a los efectos de una posible subsanación en el momento de su admisión a trámite (arts.106 y 114 LC), puesto que como veremos en su momento sólo tiene sentido la subsanación de defectos de forma. En este sentido, vid., Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 106”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.820.

terceros³⁹⁶. En el procedimiento concursal, la forma escrita de la PAC cumple la finalidad de reducir costes y agilizar la tramitación del procedimiento concursal que el legislador anuncia en la Exposición de Motivos y que asigna especialmente a la figura de la PAC, aportando como decíamos certeza así como mayor facilidad a la hora de controlar el cumplimiento de los requisitos legales³⁹⁷.

Además de la forma escrita, el art.99 LC exige la constancia en la PAC de la firma del deudor, en tanto que proponente, o de sus representantes con poder suficiente, y, en caso de que la propuesta contenga compromisos a cargo de terceros, también la firma de estos terceros o de sus representantes con poder suficiente. Como sucediera en relación a la condición del adquirente del patrimonio del deudor en caso de enajenación del mismo³⁹⁸, podría dudarse sobre si el concepto de terceros incluye o no a los acreedores que asumen algún compromiso, puesto que en rigor los acreedores no son terceros³⁹⁹. En este contexto, debemos entender el concepto de terceros como inclusivo de aquellos acreedores que asumen obligaciones siempre y cuando no lo hagan en su condición de acreedores, de manera que el criterio relevante en este punto es el de la condición en virtud de la cual se asume la obligación.

³⁹⁶ Vid., Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, pág.287-308.

³⁹⁷ Vid., Anselmo MARTÍNEZ CAÑELLAS, “Comentario al artículo 99”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.967-972.

³⁹⁸ Vid., *supra* nota 299.

³⁹⁹ Vid., Ángel ROJO, “Comentario al artículo 99”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentario...*, *op.cit.*, pág.1856-1863.

Por último, todas las firmas que se incluyan en la propuesta de convenio, así como la justificación de su carácter representativo si es el caso, han de estar legitimadas, ya sea a través de un acta notarial o de un acta extendida por el secretario judicial (art.99.2 LC), exigencia que tiende a asegurar la autenticidad de la propuesta⁴⁰⁰.

3.4.2. Documentos que deben acompañar a la PAC

Junto a los requisitos formales que acabamos de ver, la propuesta de convenio debe cumplir los requisitos documentales exigidos por el art.100 LC: nos referimos al plan de pagos, que debe presentarse junto con la propuesta de convenio en todo caso, y al plan de viabilidad, que sólo acompaña a la propuesta cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (art.100.4 y 5 LC). Cabe advertir antes de proseguir con el examen de estos documentos que la atención que la LC les dedica es ciertamente concisa y por ello es necesario en este punto un esfuerzo por construir su régimen jurídico de forma consistente con la finalidades de la PAC.

Existen en nuestra doctrina voces críticas con la exigencia de estos documentos, según las cuales lo que puede suceder en la práctica es que o bien los documentos estén carentes de contenido y no sirvan a su función o bien

⁴⁰⁰ Vid., Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Comentario al artículo 99”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, vol.3, págs.2137-2146.

compliquen y alarguen el procedimiento, especialmente si la propuesta de convenio proviene de los acreedores. Con todo, la exigencia del plan de pagos y del plan de viabilidad persigue aumentar las garantías informativas de los acreedores respecto de la propuesta de convenio presentada⁴⁰¹. Y es que podemos afirmar que la función fundamental del plan de pagos y del plan de viabilidad es la de informar a los acreedores, a los administradores concursales y al juez sobre los recursos que servirán al cumplimiento del convenio y sobre la situación patrimonial de la empresa que saldrá de la reorganización operada con el procedimiento concursal, en plena coherencia con la finalidad de la PAC de reducir los costes del concurso, en este caso las asimetrías informativas entre los acreedores. Por este motivo resulta especialmente importante la función de información del plan de pagos y del plan de viabilidad a los acreedores, en una figura como la PAC, en la que, debido a la anticipada presentación en el procedimiento, los acreedores pierden algunas de las garantías existentes en la tramitación ordinaria del convenio y que se han de compensar a través de diferentes mecanismos, entre ellos la documentación que acompaña la PAC, que constituye un elemento adicional para fundamentar la decisión de aquellos acreedores que no han participado en las negociaciones previas a la

⁴⁰¹ En este sentido, Ignacio SANCHO GARGALLO admite que la exigencia del plan de viabilidad parece bienintencionada: dota de seriedad a la propuesta de pagos que se formula y si es razonable puede mover al voto favorable de los acreedores. Pero supone bastantes problemas: el coste y el tiempo que comporta su formulación, va a limitar las posibilidades de que los acreedores presenten propuestas de convenio. Vid., Fernando CERDÁ ALBERO e Ignacio SANCHO GARGALLO, *Fallides i suspensions de pagaments: Claus per a la reforma concursal*, Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, Barcelona, 2001, pág.110.

presentación de la PAC y que no forman parte de la quinta o décima parte del pasivo ya adherido⁴⁰².

La cuestión de la función del plan de pagos y del plan de viabilidad nos sirve para resolver otra con la que está estrechamente vinculada, cual es la de su naturaleza. El problema al que trata de responderse es qué sucede en caso de incumplimiento de las previsiones contenidas en el plan de pagos y en el plan de viabilidad. Aunque algunos autores entienden que aquel incumplimiento conlleva a su vez el incumplimiento del convenio⁴⁰³, hemos de mantener la naturaleza meramente informativa de estos documentos y esto es así por la función que cumplen, que, como acabamos de ver, es la de proporcionar información a acreedores, administración concursal y juez. Aquella naturaleza se pone en evidencia de forma particular en la propuesta ordinaria de convenio, cuando son los acreedores los que presentan una propuesta ordinaria de convenio, puesto que son ellos los que han de formular los documentos, para quienes puede llegar a ser una operación muy costosa reunir la información necesaria para redactar el plan de pagos y plan de viabilidad, pudiendo resultar en información inexacta o incompleta sin que se comprometa el cumplimiento del convenio ni la satisfacción de los acreedores. Es por todo ello que en nuestra opinión sólo el convenio obliga en todos sus términos y la documentación que lo acompaña tiene una naturaleza informativa, instrumental respecto al convenio y

⁴⁰² Vid., Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, págs. 2147-2171.

⁴⁰³ Vid., Juana PULGAR EZQUERRA, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, pág.1042.

respecto a la satisfacción de los acreedores, en el sentido de que si se incumple en algún aspecto el contenido del plan de pagos o del plan de viabilidad pero no el contenido del convenio no podría instarse ante el juez del concurso el incumplimiento del convenio.

A) Plan de pagos

Junto con la propuesta de convenio presentada por el deudor éste debe aportar en todo caso el plan de pagos, que, según la escueta referencia del art.100.4 LC, ha de contener una relación detallada de los recursos previstos para el cumplimiento del convenio. En el plan de pagos, pues, se han de hacer constar todos aquellos medios financieros que van a servir para pagar a los acreedores en las condiciones fijadas en el convenio, con las fechas e importes de los pagos a realizar. Incluso aquellos recursos que todavía no se encuentren en la masa activa pero que pueden incorporarse a ella a través del ejercicio de las acciones de reintegración o bien de acciones contra terceros, como por ejemplo el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra antiguos administradores de la sociedad concursada⁴⁰⁴. También debe describir los recursos que procedan de la enajenación de ciertos bienes o derechos del concursado. Ya vimos que no sólo es posible la enajenación de unidades productivas o del conjunto de la empresa, sino también la de bienes concretos, que han de quedar individualizados y bien determinados⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Vid., Ángel ROJO, *El contenido del convenio*, *op.cit.*, págs.357-408.

⁴⁰⁵ Vid., Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.861.

Cuando el cumplimiento del convenio se atienda con los recursos que genere la continuación de la actividad empresarial o profesional, el plan de pagos debe también exponer los recursos que se prevén obtener de la continuación de aquella actividad para cumplir el convenio. Por el contrario, en aquellos casos en que para el cumplimiento del convenio no se recurre a los recursos que genere la actividad profesional o empresarial del deudor sino a aquellos que ya se encuentren en el patrimonio del deudor, o se prevean incorporar por el ejercicio de las oportunas acciones, o bien que proporcione un tercero, los recursos que provengan del desenvolvimiento ordinario de la actividad empresarial constituyen una información que no es relevante para los acreedores y por lo tanto no sería necesario incluirla en el plan de pagos.

B) Plan de viabilidad

Según el art.100.5 LC, cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta de convenio ha de ir acompañada, además de por el plan de pagos, de un plan de viabilidad.

Como ya advertimos, el tratamiento que la LC dispensa al régimen de los documentos que se presentan con la propuesta de convenio, y en este caso, al plan de viabilidad, es escueto y disperso. El art.100.5 LC se limita a señalar su contenido mínimo: el plan de viabilidad ha de especificar los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. El apartado 5 del art.100 LC, en su

último párrafo, añade que los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfacen en los términos fijados en el convenio, por lo que parece que el plan de viabilidad debe identificar los créditos obtenidos para continuar con la actividad empresarial o profesional y el trato que se les da. Además de este contenido mínimo, encontramos referencias al contenido del plan de viabilidad en otras normas de la LC. Así, si el deudor solicita la autorización para superar los límites de las quitas y/o esperas, el plan de viabilidad ha de contemplar asimismo la necesidad de superar esos límites para atender al cumplimiento del convenio (art.104.2 LC). Finalmente, si se solicita al juez la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo de la empresa deudora, de más de 50 trabajadores, debe acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art.64.5 LC). En estos supuestos, parece oportuno que el plan de viabilidad contenga estas medidas de carácter laboral y su incidencia en la viabilidad de la empresa.

C) La delimitación del ámbito objetivo del plan de pagos y del plan de viabilidad

Una vez expuesto el contenido de ambos documentos, es oportuno distinguir el ámbito objetivo propio de cada uno cuando la PAC haya de ir acompañada del plan de pagos y del plan de viabilidad. Teniendo en cuenta que la redacción de dichos documentos es costosa, la delimitación de la información que ha de contener cada uno de ellos deviene relevante para evitar duplicidades

informativas cuando la propuesta de convenio vaya acompañada de los dos documentos y conseguir que cumplan con su función específica. Como hemos visto, el plan de pagos debe contener los recursos previstos para el cumplimiento del convenio, mientras que el plan de viabilidad también debe contener los recursos necesarios para el cumplimiento del convenio pero sólo cuando para atender a dicho cumplimiento se prevea contar con los recursos que genere la continuación de la actividad profesional o empresarial. A pesar de la similitud de contenidos entre ambos documentos, es claro que el plan de viabilidad pone el énfasis no en los recursos previstos para cumplir el convenio sino en los medios para obtener dichos recursos, que provienen de la continuación de la actividad profesional o empresarial. Por lo tanto, el plan de viabilidad está dirigido a exponer las razones que fundamenten la idoneidad de la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado para obtener los recursos necesarios para satisfacer a los acreedores según lo pactado en el convenio. Este punto es de vital importancia en la medida en que se trata de asegurar la continuidad de una actividad que hasta el momento había llevado al deudor a una situación de insolvencia, actual o inminente, y a recurrir al concurso para satisfacer a sus acreedores. La importancia del plan de viabilidad reside, pues, en la exposición de las medidas que harán que esa situación desaparezca. De tales consideraciones se deriva que cuando la propuesta de convenio se acompañe no sólo del plan de pagos sino también del plan de viabilidad, el plan de pagos está destinado a exponer los recursos que se prevén obtener para cumplir el convenio, mientras que en el plan de viabilidad se deben mostrar los datos en los que se basa el deudor para creer que se obtendrán los recursos mencionados en el plan de pagos.

i) La viabilidad en el Derecho concursal de Estados Unidos

A pesar de la importancia del plan de viabilidad en el régimen de la PAC, por contener, como acabamos de ver, las razones que fundamentan la idoneidad de la continuación de la actividad del concursado en los términos pactados para satisfacer a los acreedores, no se detiene el legislador en prever una regulación, más o menos detallada, del mismo. A la parquedad del legislador debe sumarse otro elemento que dificulta la construcción de su régimen jurídico, consistente en la falta de tradición legislativa del concepto de viabilidad en nuestro Derecho concursal, que queda patente, por otro lado, en la escasa doctrina al respecto⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ A pesar de que nuestro Derecho concursal no ha contemplado la figura del plan de viabilidad, éste ya venía siendo utilizado en la práctica de las suspensiones de pagos que resultaban en la continuación de la actividad empresarial del suspenso. Vid. Ignacio y Víctor MARROQUÍN SAGALÉS, *La Nueva Ley Concursal...*, *op.cit.*, pág.540. En cuanto a la doctrina española al respecto, a pesar de no existir trabajos de referencia sobre el concepto de viabilidad en el contexto de una situación de insolvencia, hay destacadas excepciones. Una de ellas es la obra de Joaquín BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis...*, *op.cit.*, en la que analiza diferentes acepciones del concepto de viabilidad en el contexto del concurso. En primer lugar, se puede entender la viabilidad como la maximización de la satisfacción de los acreedores a través del mantenimiento de la empresa en funcionamiento en tanto que la conservación de la empresa supone un mayor rendimiento de los bienes patrimoniales del concursado en comparación al valor de liquidación de estos. En esta acepción de viabilidad, la conservación de la empresa es un instrumento al servicio de la finalidad del concurso que es la máxima satisfacción de los acreedores. En segundo lugar, la viabilidad puede entenderse como la capacidad de la empresa conservada para generar beneficios suficientes que justifiquen por sí mismos su conservación, sin poner en comparación estos beneficios con los que se obtendrían de la liquidación de los elementos patrimoniales que la componen. Esta noción de viabilidad sería la que se correspondería, en su opinión, con el requisito de *feasibility* acogido por el Bankruptcy Code. Por último, encontramos un concepto de viabilidad del convenio relacionado con el de viabilidad de la empresa que se basa en el cálculo de los beneficios esperados mediante el convenio y en el análisis de las características de la estructura financiera de la empresa reorganizada. En este caso, la viabilidad del convenio está en relación con la minimización de los costes procedimentales y la satisfacción de los acreedores queda subordinada a la necesidad de conservación de la empresa. Además, según BISBAL MÉNDEZ, el control que ejerce el concepto de viabilidad sobre el plan de reorganización puede verse impedido en la fase misma de negociación por motivos que nada tengan que ver con las posibilidades de recuperación de la empresa, sino con las pretensión de los diversos sujetos que negocian de incrementar la parte del valor de la empresa reorganizada que les pueda

Sí la tiene, en cambio, en el Derecho comparado, en concreto en el Derecho concursal estadounidense. Desde la *Bankruptcy Act* de 1898 se venía exigiendo la viabilidad del plan de reorganización para su aprobación. Este requisito fue acogido asimismo por el *Chapter X* de la *Bankruptcy Act* de 1938, que imponía en las *section 174*⁴⁰⁷ y *section 221*⁴⁰⁸ que el plan fuese justo, equitativo y viable para que el tribunal procediera a su aprobación. Finalmente, el *Bankruptcy Code* de 1978 ha mantenido esa exigencia de viabilidad en la *section 1129(a)(11)*, formulada como sigue: para que el tribunal del concurso confirme un plan de reorganización no ha de ser probable que a la aprobación del plan siga una liquidación o una nueva reestructuración financiera del deudor o del adquirente del patrimonio del deudor, a menos que dicha liquidación o reestructuración esté ya prevista en el plan. La doctrina se refiere a este requisito como el requisito de viabilidad o *feasibility*⁴⁰⁹, pues lo considera heredero del requisito de viabilidad que las anteriores legislaciones imponían de forma más genérica.

La cuestión de si un plan de reorganización es viable o no tiene un marcado carácter práctico, sin embargo la doctrina y los tribunales norteamericanos han

corresponder. Vid., Joaquín BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis...*, *op.cit.*, págs.343 y ss.

⁴⁰⁷ (...) *the judge shall enter an order approving the plan or plans which in his opinion comply with the provisions of section 216 of this Act, and which are fair and equitable, and feasible (...).*

⁴⁰⁸ *The judge shall confirm a plan if satisfied that (2) the plan is fair and equitable, and feasible (...).*

⁴⁰⁹ Vid., William D. WARREN y Daniel J. BUSSEL, *Bankruptcy*, *op.cit.*, págs.717-722.

ido dotando al requisito de viabilidad de un contenido general⁴¹⁰. Para empezar, el concepto de viabilidad en el contexto de un concurso puede significar dos cosas: que el plan de reorganización sea viable, lo cual significa que los acreedores deben recibir lo que se les ha prometido en el plan, y que la empresa que salga de la reorganización sea viable, es decir económicamente adecuada para conseguir aquel propósito. A pesar de la estrecha relación que une a la viabilidad del plan con la viabilidad de la empresa, no siempre están vinculadas puesto que en la práctica pueden elaborarse planes de reorganización viables que no dejen a la empresa concursada en una situación de viabilidad. La noción de viabilidad que parece acoger la *section 1129(a)(11)* es, según la doctrina y los tribunales, la de la viabilidad de la empresa⁴¹¹, que implica que la empresa reorganizada sea capaz de atender sus obligaciones a medida que vencen. Para determinar si la empresa reorganizada es capaz una vez se ejecute el plan de atender sus obligaciones a su vencimiento, los tribunales deben cerciorarse de

⁴¹⁰ Vid, Note, “Feasibility in Corporate Reorganization”, *Stan.L.Rev.*, núm.4, 125-137, 1951-1952; David R. KING, “Feasibility in Chapter X Reorganizations”, *Am. Bankr. L. J.*, 49, 1975, págs, 323-781; Mark ROE, *Corporate Reorganization and Bankruptcy, op.cit.*, págs.65-71; Francis CALKINS, “Feasibility in plans of corporate reorganization under Chapter X”, *Harv. L. Rev.*, 61, 1947-1948, págs. 763-781.

No sólo la doctrina y los tribunales, sino también organismos como la *Securities and Exchange Commission* de los Estados Unidos, agencia encargada de la supervisión del mercado de valores del país, han ido desarrollando con el tiempo su propia interpretación del concepto de viabilidad, poniendo el énfasis en la idea que la viabilidad sirve para asegurar que el deudor emerge del proceso de reorganización en una condición de solvencia y con perspectivas razonables de estabilidad y éxito financiero.

⁴¹¹ Ésta era la noción de viabilidad acogida por el antiguo *Chapter X*, destinado a los concursos de grandes empresas y a la protección de intereses públicos más allá de la satisfacción de los acreedores (proveedores, trabajadores, economía local). En cambio, el antiguo *Chapter XI* estaba dirigido a la protección de los acreedores ordinarios y a proporcionar un marco de negociación entre ellos y el deudor, sin preocuparse por la viabilidad de la empresa sino por la del plan excepto en casos en que la falta de viabilidad de la empresa era muy acusada. Vid., Mark ROE, *Corporate Reorganization and Bankruptcy, op.cit.*, págs.65-71.

que las ganancias esperadas puedan cubrir las cargas fijas, por lo que uno de los aspectos fundamentales, en los que centran su atención, es la estructura de capital de la empresa que resulte del plan de reorganización, que la nueva financiación sea apropiada y los niveles de deuda contraída razonables⁴¹². En la medida en que el plan se construye alrededor de una estimación de la capacidad futura de obtener ingresos, adquiere gran importancia, a la hora de determinar la viabilidad de la empresa, la valoración que se haga de ésta⁴¹³.

ii) La viabilidad en el Derecho concursal de la Unión Europea

También a nivel europeo encontramos el concepto de viabilidad. La Comunicación de la Comisión con las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis⁴¹⁴ contiene las directrices que concretan el enfoque de la Comisión Europea en las operaciones de apoyo financiero por parte de las autoridades públicas a empresas en crisis o en dificultad⁴¹⁵. En especial, las Directrices supeditan la

⁴¹² El criterio de la *reasonableness* continúa suponiendo un alto grado de vaguedad, dando cabida a la aprobación tanto de planes que preveían una estructura de capital con proporciones de crédito muy elevadas como planes con una estructura compuesta totalmente por capital de riesgo. Vid., Mark ROE, “Bankruptcy and Debt...”, *op.cit.*, y Joaquín BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis*, *op.cit.*, págs.346-348.

⁴¹³ Vid., Mark ROE, “Bankruptcy and Debt...”, *op.cit.*, págs.527-602.

⁴¹⁴ Vid., DO C 244 de 1.10.2004.

⁴¹⁵ Cabe mencionar la existencia de otros documentos que completan el marco jurídico europeo relativo a las ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. En este sentido, cabe citar la Comunicación de la Comisión sobre la recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales (DO C 195/04 de 19.08.2009), según la cual, cuando una institución financiera haya recibido ayuda estatal, los Estados miembros están obligados a presentar un plan de reestructuración que deberá demostrar cómo recuperará el banco la viabilidad a largo plazo sin ayuda estatal y lo antes posible. La viabilidad a largo plazo se consigue, según la Comunicación, cuando un banco es capaz de cubrir todos sus costes, incluidas la

concesión de las ayudas de reestructuración a la ejecución de un plan de reestructuración que ha de restablecer la viabilidad a largo plazo de la empresa en un plazo razonable, partiendo de hipótesis realistas por lo que se refiere a las condiciones futuras de explotación (números 34 a 37).

El plan ha de contener todas las precisiones necesarias, incluido un estudio de mercado. La mejora de la viabilidad debe resultar principalmente de las medidas internas contempladas en el plan de reestructuración y sólo puede basarse en factores externos (aumento de los precios o de la demanda) cuando las hipótesis al respecto gocen de reconocimiento general. Asimismo, una buena reestructuración debe implicar el abandono de las actividades que generen pérdidas estructurales. El plan de reestructuración debe describir las circunstancias que han generado las dificultades de la empresa, con el propósito de determinar si las medidas propuestas son las adecuadas. Debe tener en cuenta entre otros factores la situación y la evolución previsible de la oferta y la demanda en el mercado de productos de que se trate. Las medidas de reestructuración previstas en el plan han de permitir a la empresa funcionar con sus propios recursos, cubriendo todos sus costes. La rentabilidad prevista de los fondos propios de la empresa reestructurada debería bastar para que pueda afrontar la competencia con sus propias fuerzas. Cuando la crisis de la empresa

depreciación y las cargas financieras, y ofrecer un rendimiento adecuado sobre los fondos propios, siendo capaz el banco reestructurado de competir en el mercado de capitales por sus propios méritos (número 13).

Por otro lado, debe mencionarse también la existencia de las Directrices sobre ayudas destinadas al salvamento y reestructuración de empresas en crisis adoptadas por el Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio, que, en su última versión contenida en la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 305/04/COL de 1 de diciembre de 2004, reproduce en los números 33 a 36 las mismas directrices que la Comunicación de la Comisión.

se deba a deficiencias de su propio sistema de gestión, es necesario introducir las modificaciones pertinentes.

iii) La viabilidad en el Derecho concursal español

Estas experiencias comparada y comunitaria aportan nuevos e interesantes elementos de análisis para la construcción del régimen del plan de viabilidad en la LC⁴¹⁶. Volviendo a ésta, la expresión *viabilidad* aparece en varias ocasiones a lo largo de su articulado. En el apartado VI, párrafo 7, de la Exposición de Motivos aparece la idea de que el convenio de continuación puede ser un instrumento para salvar a las empresas que se consideren total o parcialmente viables. Entrando ya en el articulado, el art.6.2 LC establece que a la solicitud del concurso por parte del deudor se acompañe la memoria económica y jurídica del deudor, y junto con otras previsiones, las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. También en relación a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de trabajo, el art.64 LC hace referencia en varias ocasiones a la viabilidad futura de la empresa. El art.128.2 LC prevé como motivo de oposición a la aprobación del convenio que el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable. Por último, y en la fase de liquidación, el art.149.2 LC prevé que para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, en el caso de enajenación del patrimonio concursal el cesionario y los representantes de los trabajadores pueden suscribir acuerdos para modificar las condiciones colectivas de trabajo.

⁴¹⁶ Vid., Luis Manuel OLIVENCIA BRUGGER, “El comportamiento de los acreedores públicos en los procedimientos concursales”, *op.cit*, esp. págs.3831-3833.

Como podemos apreciar, y al igual que ya puso de manifiesto la doctrina norteamericana, el término viabilidad en el contexto de la LC hace referencia tanto a la empresa (así, encontramos las expresiones “viabilidad patrimonial”, “viabilidad futura de la empresa o actividad”, “plan de viabilidad de la continuación de la actividad empresarial o profesional”) como al convenio (“inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio”), pero, a pesar de tratarse de ideas teóricamente distintas, la última depende claramente de la primera, porque si para poder cumplir el convenio se cuenta con los recursos que genere la continuidad de la actividad empresarial y profesional, supuesto en el que se exige la presentación del plan de viabilidad junto con la propuesta de convenio, y esta continuidad en realidad no es posible, tampoco lo será el cumplimiento del convenio⁴¹⁷.

Además de constatar esta vinculación entre la viabilidad del convenio y la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, es oportuno delimitar con más precisión el concepto de viabilidad de la actividad empresarial o profesional, lo cual nos ha de permitir concretar con mayor rigor el contenido del plan de viabilidad. El análisis de consistencia del régimen jurídico de la PAC con las finalidades que el legislador le ha asignado nos exige delimitar aquel concepto en el sentido que mejor sirva a las finalidades de la PAC, especialmente a las de conservación de la actividad empresarial o

⁴¹⁷ Según GONZÁLEZ GOZALO, la viabilidad del convenio no coincide exactamente con la viabilidad de la empresa, pero en la medida en que se trata de un convenio de continuación que prevé que los acreedores cobren con los rendimientos obtenidos por la explotación empresarial, una y otra se aproximan. Vid., Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, “Comentario al artículo 100”, *op.cit.*, pág.1166.

profesional y de satisfacción de los acreedores. Partiendo de esta premisa, el concepto de viabilidad más acorde con las finalidades de la conservación de la actividad empresarial o profesional y de satisfacción de los acreedores es aquel en que los beneficios que se espera obtener de la continuidad de la actividad empresarial o profesional sirvan para proporcionar una mayor satisfacción a los acreedores que la que se daría por la vía de la liquidación, pues es en esta situación que la PAC se erige en la solución que maximiza la satisfacción de los acreedores.

Por lo tanto, el plan de viabilidad se ha de dirigir a demostrar la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor en los términos expuestos, es decir a demostrar que los beneficios esperados con la continuidad de la actividad empresarial o profesional satisfacen en mayor medida que la liquidación a los acreedores. Ello supone que el plan, además de incorporar los contenidos expresamente previstos por la LC, debería girar alrededor de la valoración de la empresa reorganizada, valoración que a su vez está en función de los beneficios esperados y de la estructura de capital. Asimismo, el plan de viabilidad debería contener las medidas que se dirijan a conseguir aquellos beneficios así como los datos o estudios que acrediten las previsiones sobre los beneficios y a dotar de aquella estructura a la empresa concursada, ya sea la enajenación de alguna unidad productiva que genere pérdidas ya el cambio de los administradores de la sociedad o bien la reducción de puestos de trabajo o, en fin, las fuentes de recursos ajenos o modificaciones estructurales de la sociedad.

4. La aceptación de la PAC

En el proceso de formación del convenio concursal, la presentación de la PAC debe ir seguida de la aceptación de la misma por parte de los acreedores, destinatarios de la oferta negocial que supone la PAC, produciéndose así la perfección del negocio *sui generis* que es el convenio. La aceptación de la PAC es la manifestación de la voluntad de los acreedores dando su conformidad al contenido en aquella previsto y presenta unas formalidades y un régimen jurídico propios, determinados por el contexto, el procedimiento concursal, en que se lleva a cabo y que a continuación examinamos.

4.1. Introducción a los sistemas de aceptación de la PAC

La LC prevé dos sistemas de aceptación de cualquier propuesta de convenio: la aceptación mediante adhesión escrita de los acreedores y la aceptación mediante el voto favorable emitido en junta de acreedores⁴¹⁸. Aunque el legislador entiende la adhesión como el sistema natural de aceptación de la PAC, previsto en el art.108 LC, en coherencia con la configuración de la PAC como un mecanismo de reducción de los costes que comportan la apertura de una nueva fase del procedimiento concursal y la celebración de la junta de acreedores, la PAC también puede aceptarse mediante votación en junta, en el supuesto en que el deudor mantenga una PAC no aprobada durante la fase común, según lo previsto en el art.110 LC, apartado 2º. Esta doble posibilidad de

⁴¹⁸ Vid., María ÁLVAREZ SAN JOSÉ, *El poder de decisión de los acreedores...*, *op.cit.* págs. 127-150, quien denomina al primer sistema de aceptación “modelo inorgánico” y al segundo “modelo orgánico”, clasificándolos como modelos propios de una política legislativa favorable a dar preeminencia a la autonomía privada.

que la PAC sea aceptada solamente con las adhesiones escritas presentadas por los acreedores ante el secretario del juzgado o bien con adhesiones escritas y votos favorables emitidos en la junta de acreedores⁴¹⁹ supone una clara manifestación de la finalidad de favorecimiento de la conclusión del convenio que se asigna a la PAC, ya que facilita a los acreedores la expresión de su voluntad respecto al convenio⁴²⁰.

Históricamente el canal previsto para que los acreedores expresaran su voluntad y comunicaran su aceptación a la propuesta de convenio en un procedimiento concursal ha sido el de la junta de acreedores⁴²¹. Los acreedores intervenían en el procedimiento mediante su reunión en junta, que no sólo se concebía como el foro idóneo para la discusión y la negociación de la propuesta de convenio sino que tenía atribuidas competencias de gran trascendencia para el concurso, como la del nombramiento de la sindicatura, el reconocimiento de créditos o la

⁴¹⁹ Y es que en todo caso debe existir como mínimo la adhesión de acreedores cuyos créditos superen la quinta o décima parte del pasivo presentado por el deudor, puesto que este es un requisito de admisibilidad a trámite de la PAC (art.106 LC), no siendo posible por lo tanto la aceptación de la PAC únicamente con los votos favorables obtenidos en junta de acreedores.

⁴²⁰ También en la propuesta ordinaria de convenio se aprecia esa voluntad de facilitar a los acreedores expresar su consentimiento a favor del convenio, puesto que aunque el sistema natural de aceptación de la propuesta ordinaria de convenio es la votación en junta de acreedores, tal como establece el art.111 LC, también puede aceptarse mediante adhesión individual de los acreedores, que puede emitirse desde que quede de manifiesto en la Oficina judicial el correspondiente escrito de evaluación hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta en caso de haberse convocado la junta de acreedores o hasta la conclusión del plazo previsto en el auto acordando la tramitación escrita cuando el juez del concurso decida no convocar la junta de acreedores (art.115 bis).

⁴²¹ Vid., María ÁLVAREZ SAN JOSÉ, *El poder de decisión de los acreedores...*, *op.cit.*, esp. págs.79-127, quien se remonta al procedimiento de *fallimento* previsto en los Estatutos de las ciudades italianas de la Baja Edad Media para encontrar los orígenes de la junta de acreedores y otros órganos de representación de los acreedores como órganos de expresión de la voluntad de los acreedores.

adjudicación de bienes no vendidos en subasta, entre otras. Con el tiempo la junta de acreedores pierde esa importancia y deja de ser un órgano esencial del concurso, siendo la mayoría de sus competencias transferidas al resto de órganos del concurso y limitándose la junta a ser el espacio para debatir sobre la propuesta de convenio y aceptarla o rechazarla. Sin embargo, la reunión de los acreedores del deudor, en un mismo tiempo y lugar, podía resultar, en ocasiones, una tarea costosa, en especial en los concursos de deudores con multitud de acreedores, de diversa procedencia geográfica⁴²². Es por este motivo que aparece y se consolida la adhesión escrita como nuevo sistema de aceptación de la propuesta de convenio, vinculada en sus orígenes a los concursos de deudores de mayor tamaño y con mayor número de acreedores⁴²³. La consolidación de este sistema de aceptación de la propuesta de convenio refleja la tendencia en el Derecho concursal comparado, ya comentada⁴²⁴, a la desjudicialización del procedimiento concursal, manifestada en el hecho de que la junta deja de ser el foro de referencia para las negociaciones entre deudor y acreedores para llegar a un acuerdo puesto que estas pasan a tener lugar fuera de los tribunales. Y no sólo las negociaciones sino incluso las aceptaciones a la

⁴²² Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La tramitación escrita del convenio...”, *op.cit.*, págs.195-242.

⁴²³ Así, en el Derecho concursal español podemos situar esos orígenes en la Ley de suspensión de pagos y quiebras de compañías de ferrocarriles, de 12 de noviembre de 1869, en concreto en su art.12, que articulaba un sistema de adhesiones de los acreedores a la propuesta de convenio en la suspensión de pagos de aquellas compañías. Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario a la disposición derogatoria única.2”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, vol.4, págs.3575-3576, para quien esta norma constituye el antecedente más remoto del sistema de adhesiones que hoy contiene la LC.

⁴²⁴ Vid. *supra*, págs.73-75.

propuesta de convenio, en un intento de reducir los costes y la duración del concurso generados por la celebración de la junta de acreedores⁴²⁵.

Los referentes normativos más inmediatos del sistema de adhesión escrita a la PAC previsto en la LC lo constituyen el Código de comercio, que en sus arts.930-941 contemplaba la tramitación escrita del convenio de quiebra cuando el deudor era una sociedad mercantil, y la LSP, cuyo art.18 preveía la tramitación escrita del convenio de suspensión de pagos cuando el deudor tenía más de doscientos acreedores. En la LC se consolida este sistema al margen de las condiciones subjetivas del deudor, en la línea que inspira la reforma concursal de agilizar el procedimiento concursal y reducir los costes que el mismo genera, abandonados los temores sobre la aparición de *inteligencias fraudulentas* entre deudor y acreedores por tener lugar las negociaciones al margen de los tribunales, que son combatidos con un conjunto de cautelas y requisitos que han de cumplir las adhesiones de los acreedores⁴²⁶.

⁴²⁵ Es cierto que los costes y la duración del concurso cuando se celebra la junta de acreedores son más elevados para el conjunto de acreedores que los derivados de un concurso en que la propuesta de convenio se acepte mediante la adhesión escrita de los acreedores. Y es que los costes generados por la junta de acreedores los debe soportar la masa del concurso y por consiguiente el conjunto de acreedores, hayan participado o no en ella, al ver reducido el patrimonio con el que deben satisfacerse sus créditos, mientras que los costes del sistema de adhesión escrita son asumidos individualmente por cada acreedor que decida emitir su declaración de voluntad respecto de la propuesta de convenio. Sin embargo, no debe descartarse la posibilidad de que para determinados acreedores pueda resultar más costoso emitir su adhesión a la propuesta de convenio que la repercusión de la celebración de la junta en la cuota de satisfacción de su crédito.

⁴²⁶ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La adhesión de los acreedores”, *op.cit.*, pág.1.

4.2. El sistema de adhesión a la PAC

La regulación de la adhesión a la propuesta de convenio se encuentra fundamentalmente en el art.103 LC y es común a todo tipo de adhesión, ya sea a la PAC o a la propuesta ordinaria, ya sea previa o posterior a la admisión a trámite de la PAC, ya tenga lugar en la fase común o en la fase de convenio, si bien las previsiones del art.103 LC se han de completar, ante el incompleto régimen de la adhesión, y matizar con las contenidas en otros preceptos, especialmente los relativos al régimen de la junta de acreedores (87, 108.2, 110.2, 122, 124, 134.2, 135 LC).

4.2.1. Carácter de la adhesión

La adhesión es una declaración de voluntad del acreedor, en tanto que destinatario de la oferta contenida en la PAC, por la que manifiesta la voluntad de quedar vinculado al contenido de la propuesta⁴²⁷. En tanto que declaración de voluntad negocial, a la adhesión le son de aplicación los principios y normas relativos a las condiciones de validez y de imputación de las declaraciones de ese carácter. No es esta una cuestión irrelevante, pues tiene que ver con la posibilidad de instar la nulidad de un convenio por causas relativas a la validez de las declaraciones de voluntad con que se concluyó⁴²⁸.

⁴²⁷ Vid., Ramón GARCÍA LUENGO, “El convenio en la Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.1725-1754.

⁴²⁸ Vid., José M^a DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal...*, *op.cit.*, pág.67.

La adhesión debe ser pura y simple, sin introducir ninguna modificación ni condicionamiento. En caso contrario, se tiene al acreedor por no adherido (art.103.2 LC). Esta característica rompe con el Derecho concursal anterior a la reforma, que permitía que las adhesiones introdujeran modificaciones en la proposición de convenio, en cuyo caso se debía dar vista al deudor para que éste prestara o no su asentimiento y por su resultado el juez aprobaba el convenio o sobreseía el expediente (arts.19 LSP y 929 Ccom de 1885), lo cual complicaba la tramitación procesal del convenio. El art.103 LC prohíbe, por el contrario, cualquier tipo de modificación por parte del acreedor respecto a algún aspecto de la propuesta de convenio, por aplicación del principio general que rige la formación de los contratos según el cual la aceptación debe coincidir con la oferta en todos sus términos, ya que de lo contrario no estamos ante una aceptación sino ante una nueva oferta o contraoferta⁴²⁹ y por coherencia con la finalidad de reducción de costes que se asigna a la PAC. La prohibición de cualquier modificación y condición en la adhesión contribuye asimismo a dotar de seguridad al régimen de aceptación de la PAC, al evitar situaciones de incertidumbre sobre cuál es el contenido de la propuesta a la que se han de adherir los acreedores.

4.2.2. Forma y contenido de la adhesión

Según el art.103.3 LC, la adhesión ha de efectuarse a través de una comparecencia ante el secretario del juzgado en que se tramite el concurso o mediante instrumento público. En el primer caso, se trata de una adhesión

⁴²⁹ Vid., Luís DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, pág.356-363.

emitida oralmente ante el secretario judicial pero con constancia escrita y bajo fe pública. En el segundo supuesto, el acreedor efectúa la adhesión por escrito mediante instrumento público, escritura pública, acta notarial.

La adhesión debe expresar la cuantía del crédito o de los créditos de que sea titular el acreedor, así como su clase, es decir si se trata de un crédito privilegiado u ordinario⁴³⁰. Si el acreedor que se adhiere es a la vez titular de créditos privilegiados y de créditos ordinarios y no hace ninguna mención sobre cuáles son los créditos que quedan vinculados por su adhesión, se entienden vinculados sólo los ordinarios (art.123.3 LC). Si el acreedor quiere vincular también a sus créditos privilegiados, debe hacerlo constar explícitamente. Al respecto de la cuantía o clase del crédito expresada en la adhesión, surge el problema de qué sucede si el acreedor hace constar una cuantía o una clase diferente a la contenida en el texto definitivo de la lista de acreedores. La LC se distancia de la normativa sobre los vicios del consentimiento (art.1265 y ss Cc), que nos llevaría a hablar en aquella situación de una causa de ineficacia de la adhesión, al favorecer en estos casos la conservación de la declaración de voluntad de los acreedores, así como la aceptación de la PAC y la conclusión del convenio, manteniendo la eficacia de la adhesión por la cuantía y la clase reconocidas en el texto de la lista de acreedores y no por las expresadas en la adhesión (art.108.2 LC), siempre y cuando el acreedor que ha emitido

⁴³⁰ Sobre la posibilidad de que se adhieran a la PAC, a efectos únicamente de su presentación, los acreedores subordinados y que sus adhesiones sean tenidas en cuenta en el momento de la admisión a trámite de la PAC, aunque a la hora de verificar si las adhesiones alcanzan la mayoría legalmente exigida para su aceptación no sean tenidas en cuenta por constituir adhesiones emitidas por acreedores sin derecho de voto, vid. *supra*, págs.287-295.

semejante adhesión no proceda a su revocación, como más adelante analizamos⁴³¹.

Eventualmente, si la propuesta de convenio incorpora contenidos alternativos, el acreedor puede incluir en la adhesión su elección. El art.102.2 LC fija un plazo máximo para que los acreedores ejerzan su facultad de elección, pero no un plazo inicial para dicho ejercicio, con lo que debe admitirse en atención a la reducción de costes que persigue la PAC que el acreedor pueda ahorrarse el trámite para ejercer su facultad de elección si ya hace constar en la adhesión el contenido alternativo que elija.

4.2.3. El derecho de adhesión

Desde la admisión a trámite de la PAC y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor puede manifestar su adhesión a la PAC (art.108.1 LC). La literalidad del art.108.1 LC, de la misma manera que la nueva redacción del art.106 LC al exigir para la admisión a trámite de la PAC las adhesiones de acreedores de *cualquier clase* que superen la quinta o décima parte del pasivo presentado por el deudor, genera confusión al referirse a *cualquier acreedor* como titular del derecho de adhesión a la PAC, ya que parece no aplicar a la adhesión la norma relativa a los acreedores sin derecho de voto del art.122 LC.

⁴³¹ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La adhesión de los acreedores”, *op.cit.*, pág.1.

Es cierto que la redacción del art.108.1 LC haciendo referencia a que *cualquier acreedor* puede adherirse a la PAC podría hacer dudar sobre si las prohibiciones del derecho de voto previstas en el art.122 LC deben hacerse extensivas al derecho de adhesión. Pero a nuestro parecer y al de la mayoría de la doctrina, es claro que las prohibiciones del derecho de voto constituyen también prohibiciones del derecho de adhesión, de manera que aquellos acreedores que según el art.122 LC no tienen derecho de voto en la junta de acreedores tampoco pueden adherirse a la PAC⁴³². Y es que la adhesión y el voto son mecanismos que se ponen a disposición de los acreedores para que puedan expresar su voluntad sobre la propuesta de convenio, que pese a articularse de diferente manera responden a un mismo fundamento, basado en facilitar a los acreedores a los que la LC reconoce autonomía negocial para decidir sobre el destino del patrimonio del deudor la expresión de dicha autonomía. Este fundamento compartido entre los sistemas de aceptación de la PAC impide un tratamiento diferenciado en relación a los titulares del derecho a utilizarlos⁴³³.

Descartado, pues, que los acreedores sin derecho de voto tengan derecho de adhesión, a pesar de la redacción del art.108.1 LC, debe resolverse otra cuestión de respuesta menos evidente, referente a si pueden admitirse las adhesiones emitidas por aquellos acreedores sin derecho de voto. Esta cuestión ya se

⁴³² Es mayoritaria la doctrina que entiende que son de aplicación al derecho de adhesión las normas sobre privación del derecho de voto. Vid. por todos, Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La adhesión de los acreedores”, *op.cit.*, págs.11-47.

⁴³³ Un argumento añadido a favor de la aplicación del art.122 LC al sistema de adhesión nos lo proporciona el art.115 bis, introducido por el Real Decreto-ley 3/2009, cuyo núm.4 establece que para la determinación de los derechos de voto en la tramitación escrita se tiene en cuenta lo dispuesto en los arts.122 a 125 LC.

apuntó con anterioridad⁴³⁴, en relación al art.106.1 LC, que exige para la admisión a trámite de la PAC que esta vaya acompañada de adhesiones de acreedores de *cualquier clase*, referencia que sí entendimos como inclusiva de aquellos acreedores que no tengan derecho de voto o adhesión, puesto que, como ya afirmamos, la interpretación admitiendo las adhesiones emitidas por acreedores sin derecho de adhesión facilita principalmente la aceptación de la PAC y reduce los costes que la emisión de la adhesión supone para los acreedores, que pueden desentenderse de la identificación de la clase de sus créditos. Además, la inadmisión de aquellas adhesiones exigiría un control de legalidad sobre las mismas en el momento de su emisión que no puede llevarse a cabo. Y es que, aunque el art.103 LC exige a los acreedores que se adhieran a cualquier propuesta de convenio la inclusión en la adhesión de la cuantía y clase de su crédito, en el momento de emitirse las adhesiones la administración concursal aún no ha confeccionado la lista de acreedores y por lo tanto aún no se sabe de forma definitiva la clase de cada uno de los créditos.

Pues bien, esta interpretación debe mantenerse no sólo para las adhesiones que acompañan a la PAC en el momento de su presentación sino también para aquellas adhesiones realizadas con posterioridad a la admisión a trámite de la PAC, y por las mismas razones ya expuestas, que nos llevan a considerar consistente con las finalidades de la PAC permitir a los acreedores sin derecho de voto según el art.122 LC adherirse a la PAC aunque después no computen sus

⁴³⁴ Vid. *supra*, págs.287-295.

adhesiones a efectos de calcular la mayoría legalmente exigida para su aceptación⁴³⁵.

Una vez hemos justificado que los acreedores sin derecho de voto tampoco tienen derecho de adhesión a pesar de poder adherirse inicialmente a la PAC a la espera de que la lista de acreedores definitiva confirme su calificación jurídica, hemos de ver de qué acreedores se trata. En primer lugar, se consideran acreedores sin derecho de adhesión los titulares de créditos subordinados, enumerados en el art.92 LC. Su privación del derecho de adhesión se explica por la postergación de dichos acreedores en la satisfacción de los créditos del concursado, a cuya fundamentación nos remitimos para profundizar en la justificación de la privación del derecho de adhesión de los acreedores subordinados⁴³⁶.

Mayores consideraciones merece el segundo supuesto de privación del derecho de adhesión: en la redacción anterior a la reforma de 2011, no tenían derecho de adhesión aquellos acreedores que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización

⁴³⁵ Vid., Ángel Vicente ILLESCAS RUS, “Comentario al artículo 108”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico, op.cit.*, págs.554-559, quien piensa que esta redacción no impide explícitamente a ningún acreedor la adhesión y que sólo supone que al tiempo de presentarse en el juzgado las adhesiones el juez sólo proceda a comprobar el cumplimiento de los requisitos de tiempo, forma y contenido, y difiera para más adelante el control de su eficacia para la aceptación o rechazo.

⁴³⁶ Sobre la lógica que informa la subordinación de los créditos concursales, vid. Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra, op.cit.*, págs.435-464.

forzosa. Después de la reforma operada por la Ley 38/2011, se contempla otra excepción a la privación del derecho de voto, relativa a la adquisición del crédito por actos entre vivos por parte de una entidad sometida a supervisión financiera. La adquisición que supone la privación del derecho de voto según el art.122.1.2º LC es por tanto aquella basada en actos entre vivos, realizada a través de cualquier negocio jurídico apto para transmitir la titularidad, ya sea de forma onerosa o gratuita, con posterioridad a la fecha del auto de declaración de concurso, excluyéndose de este supuesto, pues, y a *sensu contrario*, en primer lugar las adquisiciones *mortis causa* y en segundo lugar las adquisiciones a título universal o las adquisiciones consecuencia de una realización forzosa. El crédito objeto de la transmisión ha de ser un crédito concursal, por lo tanto anterior al momento de la declaración del concurso, si bien es indiferente que se trate de un crédito ordinario, privilegiado o subordinado.

La razón de ser de esta exclusión del derecho de voto parece ser la prevención de prácticas fraudulentas, en concreto la adquisición de créditos por cuantía suficiente para alcanzar el porcentaje necesario para imponer un determinado convenio al resto de los acreedores⁴³⁷. Así, pues, el legislador considera sospechosa la adquisición de un crédito contra un deudor en situación de insolvencia, intuyendo alguna motivación fraudulenta en la actitud del adquirente⁴³⁸. Pero lo cierto es que hay un motivo evidente que mueve al

⁴³⁷ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, ADCConcursal, núm.12, 2007, págs.7-32.

⁴³⁸ Vid., Alberto NÚÑEZ-LAGOS BURGUEIRA, “Restricciones en el mercado español de deuda concursal: el artículo 122.1.2º de la Ley Concursal”, RCP, núm.7, 2007, págs.129-140, quien describe las situaciones de violación de normas que la

adquirente: obtener un beneficio. Y lo mismo le sucede al acreedor inicial que vende su crédito: entiende que es mejor para él vender el crédito y obtener dinero en efectivo que no seguir con un procedimiento concursal que puede ser largo y costoso y con inciertas perspectivas de cobro. Y es que no debemos olvidar que la transacción de los créditos concursales es voluntaria, no sólo para los adquirentes de los créditos concursales sino también para los acreedores del concursado, por lo que la desconfianza que provocan estas operaciones no tiene fundamento en todas las ocasiones⁴³⁹. Es más, en determinadas situaciones, la transmisión de créditos concursales con posterioridad a la declaración de concurso, al margen del beneficio que genera al acreedor inicial y al adquirente del crédito concursal, supone también un beneficio para el resto de acreedores del concursado, que pueden ver aumentado el valor del patrimonio concursal y por lo tanto el de su satisfacción individual, lo cual está en clara concordancia con las finalidades de la PAC de conservar la actividad empresarial o profesional del deudor y de maximizar la satisfacción de los acreedores. En estos casos, la privación del derecho de voto, que desincentiva estas operaciones, supone rechazar la posibilidad de maximizar el patrimonio del deudor y de aumentar el

libertad absoluta en la transmisión de deuda concursal vigente en la LSP podía acarrear y que parece que la norma del art.122.1.2º LC se dirige a evitar.

Al mismo razonamiento parece responder la excepción del art.3.1 LC a la legitimación de los acreedores para solicitar la declaración de concurso: no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

⁴³⁹ Vid., Stuart C. GILSON, "Investing in Distressed Situations: A Market Survey", *Fin.Analysts J.*, Nov-Dec, 1995, págs.8-27.

grado de satisfacción del conjunto de acreedores⁴⁴⁰. Y por consiguiente resulta claramente inconsistente con las finalidades de la PAC, a pesar de que la reforma haya añadido la excepción referida a las adquisiciones realizadas por entidades sometidas a supervisión financiera, puesto que a nuestro entender la reforma se muestra insuficiente y debería haber eliminado del todo la privación del derecho de voto en cualquier supuesto de adquisición de créditos con posterioridad a la declaración de concurso.

Por último, cabe hacer referencia, además de a los supuestos de privación del derecho de adhesión, a los supuestos de suspensión de dicho derecho que en primer lugar el art.87.3 LC contempla para los créditos sometidos a condición suspensiva y litigiosos, reconocidos como créditos contingentes sin cuantía propia. La confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional permite al acreedor afectado por la suspensión de su derecho de adhesión recuperarlo⁴⁴¹. También el crédito que no pueda ser hecho efectivo contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se considera crédito contingente y merecedor, por tanto, de la misma suspensión del derecho de adhesión comentada (art.87.5 LC). Finalmente, y como novedad introducida por el Real Decreto-ley 3/2009, los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de

⁴⁴⁰ Vid., Edith S. HOTCHKISS y R.M. MOORADIAN, “Vulture Investors and the Market for Control of Distressed Firms”, JFE., vol.43, 1997, págs.401-432.

⁴⁴¹ Vid., Carmen ALONSO LEDESMA, “Comentario al artículo 122”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios...*, op.cit., tomo III, págs.2335-2345.

comprobación o inspección merecen el reconocimiento de contingentes, con la consiguiente suspensión del derecho de adhesión hasta su cuantificación.

4.2.4. La adhesión de las Administraciones y organismos públicos

La LC, en un intento de romper con el papel poco activo que las Administraciones Públicas han jugado tradicionalmente en los procedimientos concursales⁴⁴², incorpora una serie de medidas de fomento de la participación de las Administraciones Públicas en el convenio. Así lo admite la Exposición de Motivos de la LC, apartado V, segundo párrafo, al afirmar que *se fomentan soluciones de convenio apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio*.

La medida fundamental para conseguir tal propósito es la limitación del privilegio de sus créditos a un determinado porcentaje del mismo y la consideración del resto del importe como un crédito ordinario, incentivando de esta manera la participación en la negociación del convenio por el importe que no goce de privilegio⁴⁴³. Y es que en la medida en que los créditos privilegiados no se ven afectados por el contenido del convenio, a menos que sus titulares voluntariamente se adhieran o voten a favor de la propuesta de convenio (art.134.2 LC), éstos no tienen ningún tipo de interés en participar en las negociaciones sobre el contenido del convenio ni a adherirse a él. Por el

⁴⁴² Vid., Luis Gonzaga SERRANO DE TOLEDO, “Especialidades del tratamiento de la Administración Pública en la Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.3245-3277.

⁴⁴³ Vid. Jesús RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, *La Hacienda Pública y los Procesos Concurales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs.105-106.

contrario, si los acreedores ven afectados sus créditos imperativamente por el convenio, están interesados en participar en las negociaciones de manera que se pacte un contenido que satisfaga en la mayor medida posible sus créditos.

Pero además del régimen de la clasificación de los créditos concursales, la disciplina del convenio también contiene incentivos añadidos. En este sentido, encontramos la posibilidad que las Administraciones Públicas acuerden con el deudor unas condiciones singulares de pago, a las que nos referimos cuando examinamos el contenido de la PAC⁴⁴⁴. Asimismo, y en esta línea de fomentar la participación de las Administraciones Públicas, la LC facilita la adhesión o voto favorable al convenio concursal, cuyo régimen se remite a la normativa sectorial de los organismos públicos, rebajando las exigencias que dicha normativa establecía para que aquellos pudieran transigir sobre sus créditos. Así, según el art.103.4 LC, la adhesión a la propuesta de convenio por parte de las Administraciones y organismos públicos no sigue las reglas que hemos analizado en el apartado anterior, sino las normas legales y reglamentarias que regulan los organismos públicos en cuestión⁴⁴⁵.

En primer lugar, encontramos aquellos créditos de que sea titular la Hacienda Pública. El art.164.4 LGT prevé que la Hacienda Pública pueda suscribir en el

⁴⁴⁴ Vid. *supra*, págs.213-219.

⁴⁴⁵ El art.103.4 LC hace referencia al procedimiento de formación interna de la voluntad del acreedor público, es decir quién puede negociar (y quién debe autorizar dicha negociación) un convenio concursal. Cuestión distinta es la legitimación para emitir la adhesión o bien para asistir y votar en la junta en nombre de los acreedores públicos, cuestión de carácter procesal prevista en el art.118.4 LC y que abordaremos en el siguiente capítulo. En este sentido, vid., Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE, *Administraciones públicas...*, *op.cit.*, págs.178-179.

curso de los procesos concursales los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios se requiere únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria. Por su parte, el art.10.2 LGP precisa el contenido de aquella disposición estableciendo que la Hacienda Pública estatal, para la suscripción y celebración de los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, requiere la autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda, esto es cuando excedan de 1.500.000 euros o se trate de procesos concursales en que así lo aconseje su importancia, trascendencia o la dispersión de los bienes o instalaciones del concursado⁴⁴⁶. En los restantes casos, la competencia corresponde al Ministro de Hacienda, pudiéndose delegar en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ De conformidad con el apartado 4 de la Orden de 11 de julio de 1997, por la que se reorganizan los servicios centrales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria –modificada por la Orden PRE/4047/2005, de 26 de diciembre-, la autorización corresponde al titular del Departamento de Recaudación cuando las deudas cuya gestión corresponda a dicha Administración excedan de 1.500.000 euros o cuando se trate de procesos concursales en que así lo aconseje su importancia, trascendencia o la dispersión de los bienes o instalaciones del concursado.

⁴⁴⁷ El art.10.2 de la Ley General Presupuestaria viene a sustituir el art.39 de la anterior Ley General Presupuestaria (Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria), que había sido modificado por la Disposición Final 10ª LC. La versión anterior del art.39 no permitía transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se suscitasen respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros previa audiencia del de Estado en pleno.

En el caso de créditos correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios concursales exige la autorización del órgano competente de acuerdo con su normativa reguladora, que se encuentra recogida en el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. En particular, su art.8.f atribuye a la Secretaría general de este organismo la función de ejercitar los derechos y acciones judiciales y extrajudiciales conducentes a una eficaz subrogación de los créditos laborales satisfechos y a su seguimiento.

Finalmente, respecto a los créditos de que sea titular de la Seguridad Social, el art.24 LGSS establece que si el deudor de la Seguridad Social incurriese en concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social puede suscribir o adherirse a los convenios concursales. Según el art.51.6 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, esta suscripción o adhesión se debe llevar a cabo conforme al reparto y reserva de competencias que determine su Director General.

4.2.5. La revocación de la adhesión

Una vez emitida la adhesión a la PAC, la LC permite al acreedor que deje sin efecto en determinados supuestos su declaración aceptando la propuesta de convenio y revoque su adhesión. La revocación de la adhesión a la PAC puede emitirse en dos momentos diferentes: en la fase común (art.108.2 LC) y en la fase de convenio, fase que a su vez puede seguir la tramitación del convenio en

junta de acreedores (art.110.2 y 115.3, 118.3 LC) o bien la tramitación escrita (art.115 bis.3).

A diferencia de lo que sucede en la tramitación de una propuesta ordinaria de convenio, cuando el acreedor efectúa su adhesión a la PAC durante la fase común aún no es definitiva la lista de acreedores que debe confeccionar la administración concursal, que puede ser objeto de impugnación por parte de los acreedores. El art.96 LC prevé, para los casos en que existan impugnaciones al inventario y a la lista de acreedores, que dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introduzca en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que procedan y presente al juez los textos definitivos correspondientes y una lista actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago. En la lista de acreedores definitiva, ya sea a raíz de alguna impugnación o no, la clase o cuantía del crédito expresada en la adhesión puede resultar modificada. Es por eso que, a diferencia de la aceptación de una oferta contractual, que no puede revocarse una vez que llega a conocimiento del oferente porque ha producido ya la perfección del contrato, la adhesión a una PAC puede ser objeto de revocación, en el plazo de los cinco días siguientes a la manifestación de esta lista en la Oficina judicial, para evitar la desprotección del acreedor que se derivaría de esta situación de modificación de las condiciones de su crédito, aunque si no hace uso de su derecho a revocar la adhesión emitida se le tiene por adherido en los términos de la lista definitiva de acreedores y no del contenido de su adhesión.

En caso de que la PAC no sea aprobada durante la fase común y sea mantenida para su sometimiento a la voluntad de los acreedores en la fase de convenio, el acreedor tiene de nuevo la oportunidad de revocar su adhesión, ya sea dentro del plazo señalado en el auto que acuerde la tramitación escrita del convenio y con la forma prevista en el art.103 LC (art.115 bis.3 LC), cuando el juez decida seguir la tramitación escrita del convenio, o bien, cuando el juez haya ordenado la convocatoria de la junta de acreedores, asistiendo a la junta o con anterioridad a su celebración. Así lo prevé el art.110.2 LC, conforme al cual las adhesiones emitidas a la PAC se cuentan como votos a favor de la propuesta de convenio, a no ser que asistan a la junta de acreedores o que con anterioridad a su celebración conste en autos la revocación de su adhesión. Asimismo, una última ocasión para la revocación de las adhesiones puede existir cuando a la PAC mantenida para ser sometida a la votación de la junta de acreedores se adhieran acreedores en el plazo comprendido entre la puesta de manifiesto del escrito de evaluación en la Oficina judicial y el cierre de la lista de asistentes a la junta. Estas adhesiones, como principio general, son irrevocables, a menos que los acreedores que las hayan formulado asistan a la junta (art.115.3 LC).

Como vemos, mientras la posibilidad de revocar la adhesión en la fase común queda estrictamente limitada a los supuestos en que se produzca alguna modificación de la cuantía o clase del crédito adherido, en la fase de convenio la revocación se desvincula de cualquier motivo determinado y se deja a la libre voluntad del acreedor el revocar su adhesión inicial, en la forma que corresponda según la tramitación que siga la PAC en la fase de convenio. Al

respecto, se ha dicho que las causas de revocación de la adhesión en la fase común pueden parecer demasiado limitadas, si pensamos que pueden existir modificaciones sustanciales en el inventario y la lista de acreedores que, sin afectar a la clase o cuantía del crédito, supongan un cambio relevante en el conjunto de la masa pasiva que pueda influir en la decisión del acreedor⁴⁴⁸. A nuestro parecer, las reducidas causas de revocación de las adhesiones en la fase común no suponen ningún tipo de indefensión para los acreedores, quienes, de existir una modificación en el inventario que suponga un aumento significativo del pasivo o una disminución relevante del activo sin que afecte a ningún crédito o que haciéndolo los acreedores afectados no impugnen el inventario, pueden, junto con la administración concursal, oponerse a la aprobación del convenio por inviabilidad objetiva de su cumplimiento, si la modificación compromete dicha viabilidad (art.128.2 LC). Por otro lado, la explicación a esta distinción en el régimen de la revocación de las adhesiones debe buscarse en la reducción de los costes del concurso y el favorecimiento de la conclusión del convenio que persigue la PAC. Estas finalidades llevan a vincular a los acreedores a sus declaraciones de voluntad y sólo cuando existe un perjuicio para los intereses de los acreedores respecto de las condiciones en las que emitieron su declaración de voluntad se permite la revocación, puesto que así se acelera la tramitación de la PAC y se facilita su aprobación en la fase común a la vez que se protegen los intereses de los acreedores. Pero si esta aprobación no es posible, porque no se ha alcanzado la mayoría legal exigida para considerar la PAC aceptada en la fase común, y la PAC se mantiene para su aceptación en la fase de convenio, se

⁴⁴⁸ Vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 108”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.827-831.

entiende que los acreedores necesitan más tiempo e información para valorar los posibles cambios en la situación económica y patrimonial del deudor tenida en cuenta en el momento en que se adhirieron a la PAC y tomar una nueva decisión sobre el convenio. Esta información la proporciona, en esta fase, fundamentalmente la junta de acreedores y por ello es importante que los acreedores puedan acudir a la junta de acreedores, tomar parte del debate sobre la propuesta y obtener información de la administración concursal si lo consideran oportuno.

El fundamento de la existencia de causas diferentes de revocación de la adhesión en la fase común y en la fase de convenio que acabamos de ver nos lleva a aplicar, en el caso de que la PAC mantenida para su aceptación en la fase de convenio siga la tramitación escrita, la libertad de revocación de la adhesión prevista para la PAC sometida a la voluntad de la junta de acreedores. Aunque el art.115 bis LC, que regula la tramitación escrita del convenio, omite cualquier referencia a las causas de revocación de las adhesiones, hemos de entender que son las mismas que las previstas cuando el deudor mantiene la PAC para someterla a la votación de la junta de acreedores, puesto que en este caso los acreedores también necesitan más tiempo e información para tomar una decisión sobre la aceptación de la PAC. Si bien no pueden contar con aquella información adicional que pudiera obtenerse en la junta de acreedores, sí disponen de los textos definitivos del informe de la administración concursal y la documentación complementaria así como de más tiempo para valorar los posibles cambios en la situación económica del deudor y tomar una decisión sobre la aceptación de la PAC.

Respecto a la forma de la revocación de la adhesión, deben aceptarse las formas previstas para la emisión de la adhesión previstas en el art.103 LC cuando la revocación se realice fuera de la junta de acreedores, ya sea en la fase común o en la fase de convenio, esto es, la comparecencia ante el juzgado en que se tramite el concurso o instrumento público. Así lo admite el art.115 bis.3 LC para la revocación de las adhesiones en la tramitación escrita del convenio. En cambio, la revocación de la adhesión por asistir a la junta de acreedores sólo requiere de la asistencia del acreedor adherido a la junta, sin necesidad de formalidades adicionales, ni tan siquiera el ejercicio del derecho de voto (art.115.3 LC)⁴⁴⁹.

4.3. La aceptación de la PAC en junta de acreedores

Tal como apuntamos en la introducción a los sistemas de aceptación de la PAC, la junta ha experimentado a lo largo del tiempo una limitación de sus competencias originales, que la LC ha traspasado a la administración concursal y al juez del concurso, siendo actualmente su única competencia la de aceptar o rechazar las propuestas de convenio admitidas a trámite. Propiamente, pues, tampoco es un espacio de negociación de la propuesta de convenio, como podía ser en LSP, ya que la propuesta sometida a deliberación no puede ser modificada en ningún caso, sino que sólo es un mecanismo de información y de expresión de la voluntad de los acreedores, que por otro lado no es

⁴⁴⁹ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La adhesión de los acreedores”, *op.cit.*, pág.6.

imprescindible, en la medida en que la junta sólo se convoca cuando el deudor decide mantener la PAC no aprobada en la fase común y el juez ordena la convocatoria de la junta de acreedores o bien cuando finalizada la fase común se abre la fase de convenio y el juez no acuerda la tramitación escrita del convenio, con lo cual la junta deja de ser un órgano esencial en la estructura orgánica del concurso⁴⁵⁰.

La razón de esta evolución en la disminución del protagonismo de la junta en el marco del procedimiento concursal, como ya se expuso, es la de los costes que acarrea la celebración de una junta de acreedores, en especial en aquellos concursos de deudores con gran número de acreedores. Siendo la reducción de los costes concursales la razón de la pérdida de protagonismo de la junta de acreedores en el concurso y, en fin, de su configuración actual, su régimen jurídico debe hacer de ella un mecanismo poco costoso y eficiente para suministrar información y recabar la opinión de los acreedores, especialmente en la tramitación de la PAC, en concordancia con la finalidad de la PAC de reducir los costes del concurso.

Para que la junta de acreedores sea un contexto idóneo en el que la administración concursal suministre la información que los acreedores soliciten y éstos expresen su voluntad respecto a la PAC, ha de seguir un procedimiento conformado por diferentes etapas que culmina con la aceptación o rechazo de la

⁴⁵⁰ Vid., entre otros, José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal...*, *op.cit.*, pág.140, quien niega a la junta la condición de órgano del concurso y la define como un mero sistema para la expresión del a voluntad de la comunidad de acreedores con vistas al convenio.

PAC. Estas etapas son la convocatoria, constitución, celebración, deliberación y aceptación o rechazo de la PAC.

4.3.1. Convocatoria

La convocatoria es el acto de comunicación a los acreedores de la celebración de la junta que emite el juez del concurso mediante auto. La convocatoria de la junta de acreedores debe reunir una serie de requisitos de forma y de contenido previstos en el art.111 LC, cuyo incumplimiento puede constituir causa de oposición a la aprobación del convenio al amparo del art.128 LC, por infracción de las normas relativas a la constitución y celebración de la junta⁴⁵¹.

Los requisitos de forma hacen referencia a las exigencias de publicidad que debe cumplir el auto de la convocatoria de la junta, exigencias contenidas en el art.23 LC en relación a todas las notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento y que, después de la reforma del Real Decreto-ley 3/2009, llevan a un uso preferente de los medios telemáticos, informáticos y electrónicos. Además de esta publicidad general, la convocatoria de la junta debe notificarse personalmente al concursado, a la administración concursal, a los acreedores y al resto de partes personadas en el procedimiento (art.111.3 LC).

En cuanto a los requisitos de contenido, el auto de convocatoria de la junta de acreedores debe fijar el lugar, día y hora de la reunión. En cuanto al día de la

⁴⁵¹ Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 116”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1310.

reunión, la junta se ha de celebrar dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto (art.111.2 LC), a diferencia de los supuestos de tramitación de propuesta ordinaria de convenio, en que la junta se debe celebrar dentro del tercer mes de aquella fecha, lo que hace patente la reducción del tiempo de tramitación que persigue la PAC. En la notificación de la convocatoria también se comunica a los acreedores que pueden adherirse a la PAC cumpliendo con los requisitos y en la forma establecidos en la LC y que las adhesiones son irrevocables pero no vinculan el sentido del voto de quienes las hubieren formulado y asistan a la junta.

4.3.2. Asistencia y representación en la junta

Respecto a la asistencia a la junta de acreedores, cabe distinguir entre aquellos que tienen el deber de asistir a la junta y aquellos que gozan del derecho de hacerlo. En relación a los primeros, se ha de mencionar en primer lugar, y sin que lo exija expresamente la LC pero sí el correcto desarrollo de la junta, al juez del concurso y al secretario del juzgado. Según el art.116 LC, el juez ha de presidir la reunión y por lo tanto su presencia en la junta es obligatoria. Sin embargo, la LC le permite designar a un miembro de la administración concursal como presidente de la junta. Tampoco contempla el art.117 LC la asistencia del secretario del juzgado del concurso, pero su asistencia es fundamental puesto que ha de actuar como secretario de la junta (art.116 LC)⁴⁵².

⁴⁵² Según Antonio RONCERO SÁNCHEZ, el deber del secretario y del juez derivaría no ya de una norma jurídico-concursal sino del estatuto jurídico de estos funcionarios. Vid., Antonio RONCERO SÁNCHEZ, "Comentario al artículo 117", en en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.1130.

La LC sí impone explícitamente el deber de asistencia a la junta a los administradores concursales y al concursado (art.117 LC). Por un lado, deben asistir a la junta los miembros de la administración concursal. El incumplimiento del deber de asistencia a la junta se sanciona con la pérdida del derecho a la remuneración fijada y la consiguiente devolución a la masa de las cantidades percibidas⁴⁵³. La presencia de la administración concursal es importante para cumplir la función de información a los acreedores sobre la situación patrimonial del deudor, en base principalmente a los documentos confeccionados por la propia administración (arts.75 y 107 LC)⁴⁵⁴. También esta función de información determina la imposibilidad de que los administradores acudan a la junta mediante representación. Sin embargo, este deber de asistencia, aún siendo personal e indelegable, no impide que los administradores se hagan acompañar en la junta de auxiliares delegados (art.32 LC). En cualquier caso, y a pesar de la importancia de su asistencia, la incomparecencia de los miembros de la administración concursal no determina la suspensión de la junta, salvo que el juez así lo acuerde, debiendo señalar, en ese caso, la fecha de su reanudación. El juez puede suspender la junta, por

⁴⁵³ La doctrina está de acuerdo en general en conceder flexibilidad al juez para no imponer automáticamente dicha sanción en el caso de no asistencia del administrador a la junta, por motivos ajenos a la voluntad del administrador por ejemplo. Vid. por todos, Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 117”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.1319-1322. Algún autor entiende que el juez debe imponer la sanción y que es en la apelación donde el administrador puede alegar los motivos que estime convenientes. En este sentido, vid., Jesús QUIJANO GONZALEZ, “La junta de acreedores en la nueva legislación concursal”, RCP, núm.3, 2005, págs.65-87.

⁴⁵⁴ Vid., Blanca TORRUBIA CHALMETA, “Comentario al artículo 117”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.867-871.

ejemplo, cuando, en el caso de concursos de especial trascendencia, sólo comparezca el miembro de la administración concursal que reúne la condición de acreedor y a su parecer la celebración de la junta en esas condiciones no permita el cumplimiento de la función de suministrar información a los acreedores que corresponde al órgano de administración. Por otro lado, si la incomparecencia de los administradores a la junta genera daños y perjuicios a los acreedores, aquellos responden (art.36 LC) y pueden llegar a ser separados del cargo de administrador (arts.37 y 38 LC)⁴⁵⁵.

Por otro lado, el concursado debe asistir a la junta de acreedores personalmente o hacerse representar por apoderado con facultades para negociar y aceptar convenios (art.117.2 LC)⁴⁵⁶. Cuando el concursado sea persona jurídica, el deber de asistencia recae sobre sus administradores o liquidadores (art.48 LC), que a su vez pueden hacerse representar en la junta. El concursado o su representante pueden asistir acompañados de letrado que intervenga en su nombre durante las deliberaciones. La sanción que la LC une a la incomparecencia del concursado a la junta se encuentra en el art.165.2º LC: se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor no hubiese asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, presunción que puede llevar a la calificación del concurso como culpable. No prevé la LC, en

⁴⁵⁵ Vid., Antonio RONCERO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 117”, *op.cit.*, pág.1138.

⁴⁵⁶ Apunta SALA REIXACHS que, aunque el poder del representante debe alcanzar la negociación de convenios según la literalidad de la norma, lo cierto es que no tiene lugar en la junta ningún tipo de negociación sobre la propuesta de convenio, puesto que según el art.114.2 la propuesta no puede ser modificada, sólo aceptada o rechazada. Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario del artículo 117”, *op.cit.*, pág.1319.

cambio, qué sucede con el desarrollo de la junta si el concursado, obligado a asistir, no se presenta. Las respuestas a este interrogante no resuelto por la LC son diversas: podría celebrarse la junta igualmente, sin la asistencia del deudor, o bien podría suspenderse la celebración de la junta temporalmente, o en fin podría decidirse no celebrarse la junta, dar por concluida la fase de convenio y proceder a la apertura de la fase de liquidación. A pesar de que la doctrina es divergente en este aspecto⁴⁵⁷, la interpretación que mejor sirve a la finalidad de reducción de costes de la PAC es la de celebrar sin el deudor la junta⁴⁵⁸. La crítica que se ha esgrimido en contra de la celebración de la junta sin la presencia del deudor es la indefensión en la que se le sitúa, pero en verdad no hay indefensión alguna del deudor, porque los acreedores no pueden introducir modificaciones a la propuesta presentada por el deudor⁴⁵⁹. Aunque en el caso de la PAC, por ser una propuesta presentada necesariamente por el deudor y que puede beneficiar no sólo a los acreedores sino a él también, cuesta pensar en la posibilidad de que el deudor, después de manifestar su intención de mantener la PAC para someterla a la votación de la junta, decida no asistir a la junta.

⁴⁵⁷ Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 117”, *op.cit.*, págs.1319-1322, que hace una exposición de lo diferentes posicionamientos doctrinales ante esta cuestión, decantándose por la nueva convocatoria de la junta por parte del juez.

⁴⁵⁸ Son de esta opinión Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “La junta de acreedores en la nueva legislación concursal”, *op.cit.*, págs.65-87, e Ignacio y Víctor MARROQUÍN SAGALÉS, *La Nueva Ley Concursal...*, *op.cit.*, pág.622.

⁴⁵⁹ Para algunos autores, este deber que se impone al deudor de asistir a la junta no está justificado. En esta línea, vid., Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y Jaime VEGAS TORRES, *Derecho procesal civil. Proceso concursal. Arbitraje*, Editorial Universitaria Ramón Areces Madrid, 2004, pág.76. A nuestro entender, la justificación reside en que el deudor dispone de toda la información sobre su patrimonio, y más si tenemos en cuenta que en el caso de la PAC él ha presentado la propuesta y ha redactado el plan de pagos y el plan de viabilidad. Por lo tanto, al igual que la administración concursal, puede aportar la información que los acreedores necesitan.

Respecto a los que gozan del derecho de asistencia a la junta, son todos los acreedores que figuren en la relación de incluidos en el texto definitivo de la lista (art.118 LC), sin que exista ninguna limitación por la clase de crédito concursal que ostente el acreedor, a diferencia de lo que sucede con el derecho de voto. Así pues, todo acreedor incluido en la lista definitiva de acreedores tiene derecho a asistir a la junta, tenga o no derecho de voto⁴⁶⁰. Para ejercer este derecho de asistencia, los acreedores han de ser citados en tiempo y forma a la celebración de la junta (art.111.2 LC), de ahí la importancia del cumplimiento de los requisitos de publicidad y contenido del acto de convocatoria de la junta.

Los acreedores con derecho de asistencia pueden asistir a la junta personalmente o bien por medio de representante. El art.118 LC contempla quién puede representar a los acreedores⁴⁶¹. En primer lugar, los acreedores pueden hacerse representar por apoderado y por procurador. El apoderado puede ser a su vez acreedor y se admite además la representación de varios acreedores por una misma persona, facilitándose de esta manera la actuación conjunta de acreedores con intereses comunes. El procurador sólo puede representar al acreedor o acreedores en la junta si está expresamente facultado para asistir a juntas de acreedores en procedimientos concursales, facultad que comprende las de intervenir en la junta y votar cualquier clase de convenio, no siendo suficiente un poder general de representación. El apoderamiento debe

⁴⁶⁰ Se entiende que sólo los acreedores concursales tienen derecho de asistencia a la junta, no así los acreedores contra la masa.

⁴⁶¹ El art.118 LC trata únicamente de la representación voluntaria de los acreedores, no de la representación necesaria (vgr., la representación de la persona jurídica) que se rige por las normas que en cada caso correspondan.

conferirse por comparecencia ante el secretario del juzgado o mediante escritura pública. Por otro lado, se establecen una serie de personas que no pueden representar a los acreedores: no pueden ser apoderados ni el concursado ni las personas especialmente relacionadas con éste (art.93 LC), aunque sean acreedores⁴⁶². Por último, las Administraciones Públicas, sus organismos públicos, los órganos constitucionales y, en su caso, las empresas públicas que sean acreedoras se consideran representadas por quienes, conforme a la legislación que les sea aplicable, les puedan representar y defender en procedimientos judiciales (art.118.4 LC). La finalidad de esta norma parece ser la de eximir de la obligación de apoderamiento específico a la persona física que acuda a la junta en representación de los acreedores públicos⁴⁶³. Así, la representación procesal que se derive de la legislación que a cada Administración Pública le sea aplicable es suficiente para asistir y votar en la junta de acreedores⁴⁶⁴.

⁴⁶² SALA REIXACHS se muestra crítico con esta imposibilidad de representación y a su parecer no debe extenderse a todas las personas enumeradas en el art.93 LC. Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 118”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1324-1329. En sentido opuesto se expresa Antonio RONCERO SÁNCHEZ, para quien la prohibición de representación es plenamente congruente con la finalidad de evitar que el concursado y las personas especialmente relacionadas con él puedan ejercer una influencia decisiva sobre sus acreedores. Vid., Antonio RONCERO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 118”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1135-1142.

⁴⁶³ Vid., Blanca TORRUBIA CHALMETA, “Comentario al artículo 119”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.875-876.

⁴⁶⁴ Vid., Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Comentario al artículo 118”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, *op.cit.*, pág.596.

El derecho de asistencia a la junta parece, por lo visto hasta el momento y según lo establecido en el art.118 LC, concederse en atención al hecho de estar incluido en la lista de acreedores. Ello no obstante, no puede ignorarse la existencia de personas que sin estar incluidas en la lista de acreedores tienen un interés manifiesto en el resultado de la celebración de la junta en la medida en que se pueden ver afectadas por el convenio. Es el caso del fiador del deudor que procede a pagar el importe del crédito garantizado tras la elaboración de la lista definitiva pero antes de la celebración de la junta y que sin tener en rigor derecho de asistencia a la junta tiene un interés patente en lo que en ella pueda decidirse. Sucede lo mismo en caso de transmisión de un crédito por sucesión *mortis causa* o *inter vivos* a título universal o como consecuencia de una ejecución forzosa con posterioridad a la publicación del texto definitivo de la lista de acreedores respecto al adquirente del crédito. La falta de reconocimiento del interés de estas personas ha merecido la crítica de la doctrina, partidaria de conceder el derecho de asistencia no sólo a aquellos incluidos en la lista de acreedores sino también a aquellos que se conviertan en acreedores con posterioridad a la presentación al juez del texto definitivo de la lista de acreedores y acaben finalmente afectados por el convenio⁴⁶⁵. Es esta interpretación del derecho de asistencia a la junta la que mejor respeta la función de información que desempeña el órgano de administración en la junta de acreedores, información que va dirigida no sólo a los acreedores con derecho de voto sino a todos aquellos afectados por el convenio.

⁴⁶⁵ En este sentido, vid. Antonio RONCERO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 117”, *op.cit.*, pág.1134.

4.3.3. Constitución y celebración

Para que pueda celebrarse la junta en el lugar, día y hora fijados en la convocatoria, aquella ha de estar válidamente constituida. Y para que ello sea así, la LC exige la presencia de una determinada proporción del pasivo del concurso. El *quórum* exigido para entender válidamente constituida la junta es el de la mitad del pasivo ordinario del concurso. Este pasivo ordinario no incluye los créditos concursales que tengan la calificación de subordinados (art.92 y 93 LC), pero sí los acreedores privilegiados que se hayan adherido *ab initio* a la PAC sometida a la votación en junta y no asistan a la misma (art.118.3 LC). Si los acreedores privilegiados no se han adherido a la PAC antes de la celebración de la junta, su asistencia e incluso su intervención en las deliberaciones no afectan al cómputo del *quórum* de constitución (art.123.1 LC).

Se ha criticado esta exclusión de los acreedores privilegiados no adheridos a la PAC en relación al cómputo del *quórum* de la junta, pues, se argumenta, su intervención en las deliberaciones sin quedar necesariamente afectados por el convenio, para lo cual deberían votar a favor y no únicamente asistir a la junta, puede influir estratégicamente en el resto de acreedores⁴⁶⁶. Con todo, si los acreedores privilegiados que asisten a la junta no votan finalmente a favor de la PAC y ésta se acaba aceptando, el convenio, una vez aprobado, no les afecta y por tanto aquellos acreedores no tienen ningún tipo de interés en la PAC ni por consiguiente en que sea aceptada o no, pues sus créditos se satisfacen al margen

⁴⁶⁶ Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 123”, en José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS, Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1348-1352.

del convenio, con lo que la posibilidad de que puedan influir estratégicamente en el resto de acreedores es poco creíble. Al margen de estas consideraciones, y en el bienentendido que la fijación de un *quórum* de constitución de la junta se dirige a asegurar el alcance de las mayorías de aceptación del convenio, la razón principal por la cual se excluyen a los acreedores privilegiados del cómputo de dicho *quórum* reside en que aquellas mayorías están referidas al pasivo ordinario del concursado y no al privilegiado y por lo tanto deben ser únicamente los créditos ordinarios los que se tengan en cuenta a efectos de calcular el *quórum*.

Si no hay *quórum* suficiente la junta no puede constituirse válidamente. Sobre las consecuencias de no poder constituir válidamente la junta por falta de *quórum* no hay acuerdo en la doctrina. Para algunos autores, corresponde la celebración de una nueva junta. Estos autores se basan en situaciones análogas en que hay infracción en la constitución o celebración de la junta y el juez debe acordar la convocatoria de una nueva junta⁴⁶⁷. Es el caso de la oposición a la aprobación del convenio por infracción en la constitución o celebración de la junta (art.129.2 LC) o del rechazo de oficio por los mismos motivos (art.131.3 LC). A nuestro parecer, se tratan de situaciones diferentes y la analogía es improcedente. La posición que nosotros acogemos, por coherencia con la finalidad de reducción de los costes del concurso asignada a la PAC, entiende que a falta de *quórum* procede la apertura de oficio de la fase de liquidación, por

⁴⁶⁷ En este sentido se pronuncia Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Comentario al artículo 116”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, op.cit., pág.590.

el motivo 2º del art.143.1 LC, es decir, no haberse aceptado en junta de acreedores ninguna propuesta de convenio⁴⁶⁸. Y es que resulta patente en una situación semejante que no hay voluntad de llegar a una solución cooperativa al concurso y por tanto la medida que mejor contribuye a la reducción de los costes del concurso y por ende a la satisfacción de los acreedores es proceder cuanto antes a la apertura de la fase de liquidación.

Una vez constituida válidamente la junta, se ha de constituir la mesa, formada por el presidente y el secretario. Como apuntábamos, la junta es presidida por el juez o, excepcionalmente, por el miembro de la administración concursal que por él se designe y actúa como secretario el que lo sea del juzgado que conozca del concurso (art.116.2 y .3 LC). Respecto al secretario no contempla la LC la posibilidad de sustitución o delegación en la junta, pero no habría problema en admitir la regla prevista en el art.282 LOPJ de sustitución de los secretarios judiciales por uno o más oficiales⁴⁶⁹. El secretario debe confeccionar la lista de asistentes (art.119 LC), cuya función reside en permitir la comprobación de la presencia del quórum exigido⁴⁷⁰. La lista de asistentes a la junta se forma sobre la base del texto definitivo de la lista de acreedores, especificando en cada caso quiénes asisten personalmente, quiénes lo hacen por representante, con identificación del acto por el que se confirió la representación, y quiénes se

⁴⁶⁸ Es de la misma opinión Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 116”, *op.cit.*, págs.1308-1317.

⁴⁶⁹ Vid., Antonio RONCERO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 116”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1126-1127.

⁴⁷⁰ También ha de servir para comprobar la legitimación de aquellos acreedores que quieran oponerse a la aprobación judicial del convenio aceptado por la junta de acreedores (art.128 LC).

tienen por presentes conforme al art.118.3 LC, esto es por haberse adherido a la PAC sin haber revocado su adhesión ni asistido a la junta. Asimismo, y como ya hemos apuntado anteriormente, se deberían identificar en la lista de asistentes aquellas personas que a pesar de no encontrarse incluidos en el texto definitivo de la lista de acreedores merezcan el derecho a asistir y asistan a la junta. No menciona el art.119 LC la inclusión en la lista de asistentes del importe del pasivo del que es titular cada acreedor asistente ni de la clasificación de su crédito, mención que resulta imprescindible para constatar la presencia del *quórum* exigido así como para facilitar con posterioridad el ejercicio del derecho de voto. La lista de asistentes se inserta como anexo al acta bien en soporte físico o informático, diligenciado, en todo caso, por el secretario.

La válida constitución de la junta de acreedores da paso a la fase fundamental del procedimiento de formación de la voluntad de los acreedores reunidos en junta, que comprende la deliberación sobre la PAC y la declaración de voluntad de los acreedores mediante el ejercicio del derecho de voto. La celebración de la junta, que puede desarrollarse en diferentes sesiones de uno o más días hábiles consecutivos según decisión del presidente de la junta, acontece en el día, hora y lugar establecidos en la convocatoria (art.116)⁴⁷¹. Se inicia con la apertura de la

⁴⁷¹ La posibilidad de que la junta se celebre en varias sesiones plantea la cuestión de si el *quórum* de asistencia se exige sólo en el momento de inicio de la reunión y no es necesaria su presencia a lo largo de todas las sesiones. Algún autor se posiciona a favor de no exigir la presencia del *quórum* en todas las sesiones de la junta. En este sentido se expresa Antonio RONCERO SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 116”, *op.cit.*, pág.1128; también Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Comentario al artículo 116”, *op.cit.*, pág.590; Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 126”, en SAGRERA TÍZÓN (et alt.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.1363; y Leopoldo José PORFIRIO CARPIO, *La junta de acreedores (Su especial consideración como órgano del concurso)*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág.203. En nuestra opinión, esta interpretación dificultaría la concurrencia de las mayorías necesarias para la aceptación de la PAC, pues podría

sesión y la decisión sobre la validez de los apoderamientos, acreditación de los comparecientes y demás extremos que puedan resultar controvertidos, como paso previo a la deliberación sobre la PAC (art.121.1 LC)⁴⁷². La sesión de la junta comienza con la exposición por parte del secretario de la PAC mantenida que se somete a deliberación, deliberación que se basa fundamentalmente, ante la imposibilidad de modificar la propuesta en virtud del art.114.2 LC, en el ejercicio del derecho de información por parte de los acreedores asistentes a la junta. Este derecho de información se concreta en el derecho de los acreedores asistentes a la junta o sus representantes a solicitar aclaraciones a la administración concursal (art.120 LC). Estas aclaraciones pueden versar sobre el informe de la administración concursal (art.74-75 LC) y sobre la actuación de ésta, así como sobre la propuesta de convenio y los escritos de evaluación emitidos (art.107 LC). Los acreedores pueden pedir aclaraciones sobre los mismos o sobre posibles cambios en el patrimonio del deudor producidos con posterioridad a la declaración del concurso.

Una vez satisfecho el derecho de información de los acreedores y resuelto cualquier punto controvertido, se inician las deliberaciones sobre la PAC, que son dirigidas por el presidente de la junta. Éste concede la palabra a aquellos

sucedan, de no exigirse la presencia del *quórum* de constitución de la junta en todas las sesiones en que esta se celebre, que si bien en la primera sesión se reuniese el *quórum* y se pudiese constituir válidamente la junta, en la sesión de votación de la PAC no concurriese dicho *quórum* y por ello no se alcanzara la mayoría exigida para aceptar la PAC. Esta interpretación resulta claramente inconsistente con la finalidad de favorecer la conclusión del convenio y por ello nos mostramos a favor de exigir el *quórum* de asistencia en todas las sesiones de celebración de la junta.

⁴⁷² Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 121”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1155-1156.

que la hayan solicitado para intervenir a favor y en contra de la propuesta a debate. Para acotar en el tiempo las deliberaciones sobre la propuesta y evitar que estas se alarguen innecesariamente, el presidente puede considerar suficientemente debatida la propuesta una vez se hayan producido alternativamente tres intervenciones en cada sentido (art.121.3 LC).

4.3.4. Votación de la PAC

Concluidas las deliberaciones, el presidente de la junta somete la PAC a votación nominal y por llamamiento de los acreedores asistentes con derecho de voto. Mediante el ejercicio de este derecho, los acreedores expresan su voluntad sobre la aceptación o rechazo de la PAC. Sobre quién ostenta la titularidad del derecho de voto, nos remitimos a lo expuesto respecto al derecho de adhesión.

4.3.5. Acta de la junta

El desenvolvimiento eminentemente oral de la junta de acreedores exige la previsión de mecanismos para dejar constancia material de su contenido. Esta constancia de lo acontecido en la junta de acreedores se lleva a cabo en el procedimiento concursal mediante el acta de la junta y la grabación de la sesión o sesiones de la junta a cargo del secretario de la junta, que es el que lo sea del juzgado ante el cual se tramita el concurso (art.126 LC). En tanto que depositario de la fe pública judicial, el secretario del juzgado da fe y deja constancia fehaciente de la realización de los actos procesales producidos ante el juzgado y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas diligencias, en el caso del concurso mediante el acta de la junta y la

grabación de la sesión o sesiones. El valor de esta documentación de lo actuado en la junta es probatorio y tiene carácter público (art.317 LEC).

El acta de la junta extendida por el secretario es siempre única aunque la junta se haya desarrollado en varias sesiones. Tiene un contenido mínimo obligatorio: la descripción sucinta de lo acaecido en la deliberación de la PAC y el resultado de las votaciones. El acta también puede incorporar otras menciones eventuales. En este sentido, los acreedores pueden solicitar que se indique el sentido de su voto y también que se una al acta texto escrito de sus intervenciones cuando no figurasen ya en autos. Puede ser útil que el acta incorpore las cuestiones controvertidas, en vistas a facilitar el trámite de la oposición al convenio.

El presidente levanta la sesión cuando el secretario ha leído y firmado el acta. El concursado, la administración concursal y cualquier acreedor tienen derecho a obtener, a su costa, testimonio del acta, que expide el secretario del juzgado dentro de los tres días siguientes al de presentación de la solicitud. Asimismo pueden obtener una copia de la grabación realizada.

4.4. Mayorías exigidas para la aceptación de la PAC

Como ya explicamos⁴⁷³, la concepción negocial del convenio se ve matizada necesariamente en el concurso al alterarse las reglas contractuales que rigen fuera del concurso en relación a la perfección del negocio jurídico. Fuera del concurso se exige el consentimiento de cada una de las partes que se obliga a

⁴⁷³ Vid. *supra*, págs.25-32.

través del negocio jurídico. La traslación de esta regla al concurso exigiría el consentimiento de todos los acreedores afectados por el convenio. Sin embargo, la exigencia de unanimidad en la aceptación del convenio impediría al procedimiento concursal cumplir su función y por esta razón se sustituye la exigencia de unanimidad por la regla de la mayoría. Esta regla es necesaria para solucionar el problema de acción colectiva que surge ante una situación de insolvencia de un deudor con varios acreedores, en que múltiples acreedores, persiguiendo sus intereses particulares, actúan individualmente sin tener en cuenta cuál es la actuación que maximiza el interés de los acreedores en su conjunto.

En orden a evitar esta actuación individual de los acreedores y alcanzar la solución óptima a los problemas de solvencia del deudor común, el concurso impone la cooperación del conjunto de acreedores expresada a través de la regla de la mayoría en la toma de decisiones relacionadas con el patrimonio del deudor. Esta regla de la mayoría pues persigue, en última instancia, maximizar el valor del patrimonio del deudor⁴⁷⁴.

Para conseguir esta función maximizadora del valor del patrimonio del deudor, la regla de la mayoría ha de referirse únicamente a los acreedores ordinarios. El poder de decidir sobre la aceptación o no de la PAC se otorga a los acreedores

⁴⁷⁴ Vid. M^a Isabel SÁEZ LACAVE, “Las bases económicas del derecho de la junta de socios”, InDret, núm.2, 2008, págs.1-64, quien, en relación al derecho de voto de la junta de socios en las sociedades de capital, afirma que se basa en la premisa de que si cada socio valora la propuesta desde su perspectiva individual, la opinión mayoritaria es la agregación de las preferencias y constituye la preferencia común, la decisión óptima para el grupo como tal.

ordinarios porque estos son los que tienen los incentivos apropiados para decidir sobre el destino final de los bienes que integran el patrimonio del deudor y que maximice su satisfacción. Esto es así porque en situaciones de insolvencia, los acreedores ordinarios se convierten en los acreedores residuales del deudor, en la medida en que son ellos, y no otros titulares de intereses sobre el patrimonio del deudor, los que se apropian de los beneficios de las decisiones sobre el destino de los bienes del deudor y también los que soportan los costes⁴⁷⁵.

4.4.1. Mayoría ordinaria

Como regla general, para que la PAC se considere aceptada es necesaria la adhesión o voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso. Dentro del pasivo ordinario se incluyen, además de los acreedores ordinarios, los acreedores privilegiados que se adhieran o voten a favor de la PAC, puesto que, al verse afectados por el convenio, presentan, a la hora de decidir sobre el destino del patrimonio del deudor, los mismos incentivos que los acreedores ordinarios.

Esta mayoría ordinaria se dirige a proteger a los acreedores a los que, por la alteración de las reglas contractuales que rigen fuera del concurso, se les impone un acuerdo sin haberse adherido o haber votado a favor del mismo, evitando que ese acuerdo sea beneficioso únicamente para quien propone el acuerdo. La

⁴⁷⁵ Vid., David A. SKEEL, “The nature and effect of corporate voting in Chapter 11 reorganization cases”, Va. L. Rev., vol.78, 1992, págs.461-533.

mayoría ordinaria, con todo, no es el único mecanismo que impone el legislador para proteger a los acreedores. Cabe recordar que el régimen jurídico del contenido del convenio también persigue conjurar perjuicios a los acreedores que se ven afectados por el convenio en contra de su voluntad (vgr., la norma relativa al trato singular).

La mayoría ordinaria, pues, protege a los acreedores contrarios al convenio que quedan afectados por el mismo pero sin conceder, como haría una mayoría reforzada, una posición que permita un uso estratégico del derecho de voto o adhesión a la PAC por parte de una minoría de acreedores. Una mayoría reforzada, dirigida a tutelar los intereses de la minoría, tendría sentido si los acreedores que no votan a favor del convenio se viesen afectados de forma diferente, y peor, al resto de acreedores que sí votan a favor del convenio⁴⁷⁶. Sin embargo, ya hemos visto como esta situación, dadas las cautelas previstas en la LC, no acontece y por tanto una mayoría reforzada lo único que conseguiría es conceder a los acreedores minoritarios un poder de vetar el acuerdo como arma para obtener del resto de acreedores concesiones a su favor.

4.4.2. Mayoría simple

La mayoría necesaria para la aceptación de la PAC se encuentra recogida no en la sección destinada al régimen de la PAC, sino en los preceptos dedicados a la propuesta ordinaria de convenio, en concreto en el art.124 LC, relativo a las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio, que fue

⁴⁷⁶ Vid. David A. SKEEL, *ibidem*.

reformado por el Real Decreto-ley 3/2009. En la redacción anterior a esta reforma, el art.124 LC establecía que para considerar aceptada una PAC era necesaria, *en todo caso*, la adhesión de acreedores titulares de créditos por importe al menos de la mitad del pasivo ordinario del concurso.

La literalidad del art.124 LC era clara en cuanto a la inaplicabilidad a la PAC de la mayoría denominada especial, relativa, reducida o simple por parte de la doctrina⁴⁷⁷, que permite, en las propuestas que consistan en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, no tener en cuenta el pasivo ausente ni las abstenciones ni votos en blanco del pasivo asistente, al ser suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra, y por ello facilita la aceptación del convenio. No es necesario recurrir a razones de carácter sustantivo para entender por qué en el caso de la PAC no resultaba de aplicación la mencionada mayoría simple. La norma en cuestión no debía concebirse como un premio a los convenios más benignos y un castigo a los tramitados con más celeridad, que por otro lado no tendría sentido⁴⁷⁸. Se trataba de una pura cuestión de articulación práctica del

⁴⁷⁷ Vid. Carmen ALONSO LEDESMA, “Comentario al artículo 124”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.2355-2360, quien utiliza la expresión de mayoría simple; Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario art.124”, en AAVV, *Comentarios a la Ley Concursal*, págs.1173-1180, quien utiliza la expresión de mayoría reducida; José M^a DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal*, *op.cit.*, págs.159-162, se refiere a la regla del art.124.2 como mayoría especial; Blanca TORRUBIA CHALMETA, “Comentario artículo 124”, en Faustino CORDÓN MORENO, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.892-895, quien, en fin, utiliza el término mayoría relativa.

⁴⁷⁸ Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 124 LC”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs. 1352-1357.

sistema de adhesión anticipada. Y es que este sistema de adhesión contaba únicamente las adhesiones favorables, de manera que se desplazaban al juzgado o al notario sólo aquellos acreedores que estaban convencidos de prestar su consentimiento a la PAC. Con lo cual no había un recuento de acreedores que estaban en contra, ni en blanco, como sí sucede en la junta de acreedores, que exige un quórum y a la que los acreedores pueden asistir sin haber decidido aún su posicionamiento respecto a la propuesta de convenio. Por lo tanto, era impracticable comparar los acreedores a favor y en contra de la propuesta, y por ello la mayoría simple no resultaba de aplicación en el caso de la PAC. Ello no obstante, cabía plantearse porqué el legislador no había previsto una mayoría simple para la PAC en la misma línea que la prevista para la propuesta ordinaria, lo cual había sido criticado por parte de la doctrina por contradecir las finalidades de la PAC, que persigue favorecer la consecución de un convenio entre el deudor y sus acreedores⁴⁷⁹.

En la nueva redacción del art.124 LC dada por el Real Decreto-ley 3/2009 se elimina la norma referente a la mayoría necesaria para aceptar la PAC y se sustituye por una norma general sobre la mayoría necesaria para aceptar las propuestas de convenio que sigan la tramitación escrita, tramitación introducida también por el Real Decreto-ley 3/2009 en el art.115 bis. Aunque esa nueva redacción dada al art.124 LC no mencionaba a la PAC, la norma, al resolver los problemas técnicos que existían para aplicar la mayoría simple

⁴⁷⁹ Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 109”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit*, págs. 1092-1096.

también a la PAC y eliminar la referencia que impedía la aplicación de la mayoría simple a la PAC, permitía incluir en la referencia a los supuestos de tramitación escrita no sólo la nueva tramitación escrita sino también la tramitación de la PAC. La Ley 38/2011 ha corregido aquella falta de mención a la PAC y, en virtud de la nueva dicción del art.124 LC, la PAC puede ser aceptada por la mayoría simple, siempre y cuando los acreedores expresen, en su caso, su voto en contra con los mismos requisitos que para adherirse según los arts.103 y 108 LC⁴⁸⁰.

Si bien inicialmente debe valorarse positivamente que la PAC también pueda aceptarse por una mayoría simple cuando las quitas sean inferiores al 20% y las esperas inferiores a tres años, cabe hacer un análisis más detallado de la articulación de esta mayoría. Y es que algún autor entiende que la mayoría simple en la PAC exige para su aplicación la emisión de votos o adhesiones en contra con la finalidad de evitar el riesgo de que la PAC sea aceptada con tan solo la adhesión de la décima parte del pasivo exigido para su admisión a

⁴⁸⁰ A pesar de que el art.124.2 LC establece que en los supuestos de tramitación escrita los acreedores contrarios a estas propuestas *deberán* manifestar su voto en contra, no se vincula a la no adhesión en contra ninguna sanción que les incentive a expresarla. Así, como señalan GARCÍA-CRUCES y LÓPEZ SÁNCHEZ, ni tan siquiera para legitimar la formulación de oposición al convenio se exige la expresa manifestación de su posicionamiento en contra, puesto que el art.128.2 LC legitima a oponerse al convenio a *quienes no se hubiesen adherido a ella*. Si se hubiese restringido la legitimación para oponerse al convenio a aquellos acreedores que hubiesen votado o se hubiesen adherido en contra de la PAC, semejante norma hubiera podido operar como incentivo a adherirse en contra de la PAC. Vid., José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal*, *op.cit.*, pág. 128. A pesar de estas consideraciones, a nuestro entender el hecho de quedar afectado por el convenio resulta suficiente incentivo para adherirse en contra de la PAC.

trámite⁴⁸¹. Sin embargo, la posibilidad de que con la adhesión en contra de un solo acreedor ya se dé cumplimiento al art.124 LC para aplicar la mayoría simple en la aceptación de la PAC parece invalidar la idea de que la exigencia de los votos en contra responde a la necesidad de evitar la aceptación de la PAC por una mayoría de acreedores muy reducida. Por ello, y a nuestro entender, la inexistencia de votos en contra no impide la aplicación de la mayoría simple en los supuestos previstos. Sin duda, esta interpretación convierte al art.124 LC en una norma que favorece claramente la conclusión de un convenio, puesto que la PAC podría llegar a aceptarse únicamente con las adhesiones favorables que representen la décima parte del pasivo presentado por el deudor exigidas para su admisión a trámite.

4.4.3. Reglas especiales

Además del alcance de las mayorías exigidas para la aceptación de la PAC que acabamos de ver, deben cumplirse, en función de su contenido, las reglas de votación especiales del art.125 LC, que ya han sido analizadas con anterioridad⁴⁸². Así, para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características, además de la mayoría exigida como regla general, se requiere el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. También cuando se someta a la consideración de los acreedores una PAC que suponga nuevas obligaciones a cargo de uno o

⁴⁸¹ En este sentido, vid. José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.129-130.

⁴⁸² Vid. *supra*, págs.259-263 y 268-275.

varios acreedores, hace falta la previa conformidad de estos acreedores afectados, incluso en el caso de que la propuesta contenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los acreedores que acepten nuevas obligaciones. El juez ha de tener constancia de la conformidad de aquellos y de la certeza del contenido de la PAC para que el resto de acreedores pueda adherirse a la misma. Por este motivo, y aunque el art.125 LC no lo mencione, también debe constar el consentimiento no sólo de los acreedores sino también de los terceros que asuman compromisos u obligaciones en virtud del art.99 LC.

5. La aprobación de la PAC. Remisión

Una vez finalizado el plazo para que los acreedores emitan las adhesiones a la PAC o concluida la junta de acreedores, el juez del concurso debe verificar si las adhesiones o votos emitidos alcanzan la mayoría legalmente exigida, en cuyo caso procede a aprobar la PAC. La especial naturaleza del convenio concursal, resultado de la presencia en su formación de elementos contractuales y elementos procesales, se pone especialmente de manifiesto en la necesidad de que el juez del concurso apruebe la PAC ya aceptada por los acreedores para que pueda desplegar su eficacia. Por tanto, para su eficacia no es suficiente con la aceptación de los acreedores sino que es preciso un acto procesal a través del cual el juez ejerce una función de control de la legalidad del convenio. Al tratarse esta aprobación pues de un elemento procesal de la PAC, su régimen jurídico es analizado en el Capítulo siguiente, relativo a la tramitación procesal de la PAC, al cual nos remitimos⁴⁸³.

⁴⁸³ Vid., *infra*, págs.491-571.

III. Eficacia del convenio aprobado a través de la PAC

Un estudio integral del régimen jurídico de la PAC exige un análisis del *iter* negocial completo que inician las negociaciones previas a la presentación de la PAC y que culmina con el cumplimiento del contenido del convenio concursal ya aprobado por el juez del concurso. Es por ello que, una vez vista la fase de gestación y perfección del convenio concursal mediante la aceptación de la PAC, es oportuno finalizar este Capítulo con el análisis de la eficacia del convenio ya aprobado.

La eficacia de un negocio jurídico hace referencia al despliegue de efectos que la celebración de dicho negocio provoca en la realidad jurídica. La LC dedica a esta cuestión la sección 7ª del Capítulo I, Título V. En ella dispone el momento a partir del cual el convenio concursal adquiere su eficacia así como los efectos que despliega el convenio sobre las partes que lo han concluido y sobre terceros.

1. Inicio de la eficacia del convenio

El art.133.1 LC establece el momento en que el convenio concursal deviene eficaz: este momento es el de la fecha de la sentencia de su aprobación. Queda claro pues que el convenio aceptado pero no aprobado no tiene eficacia, hecho que evidencia el protagonismo del componente procesal del convenio concursal. Cabe destacar que el mencionado precepto no exige la notificación de la sentencia de aprobación del convenio al concursado y a los acreedores para el

inicio de su eficacia, lo cual ha suscitado las críticas de algunos autores⁴⁸⁴, si bien aquella exigencia debe deducirse de la LEC (art.150), cuya aplicación es supletoria para aquello no previsto en la LC (DF 3ª LC).

Ahora bien, no se ha de confundir el momento de la aprobación del convenio y de su eficacia con el momento en que se produce la satisfacción de los acreedores, puesto que esta no se produce hasta que concluye el procedimiento, esto es cuando caducan las acciones de incumplimiento del convenio que prevé la LC⁴⁸⁵. Según el art.141 LC, el juez sólo dicta auto de conclusión del concurso por cumplimiento del convenio cuando sea firme el auto de declaración de cumplimiento y haya transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, hayan sido rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado. Reitera esta previsión el art.176.1.2º LC, que se encarga de recoger las causas de conclusión del concurso y entre ellas está la firmeza del auto que declara el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.

Decíamos que el convenio adquiere eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación. Con todo, la Ley contempla supuestos en que esto no es así, bien porque la eficacia del convenio se produce antes de su aprobación, bien porque aquella se posterga a un momento posterior al de la aprobación del convenio.

⁴⁸⁴ Vid., Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.927.

⁴⁸⁵ Vid., Felio VILARRUBIAS GUILLAMET, “La eficacia del convenio concursal”, *op.cit.*, págs. 4781-4802.

En primer lugar, la LC permite anticipar la eficacia del convenio como medida cautelar para evitar las consecuencias negativas de la demora derivada de la tramitación de la oposición. El juez, al admitir a trámite la oposición, puede acordar el inicio del cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones que determine (art.129.4 LC). Con esta medida de anticipación de la eficacia del convenio se trata de evitar que éste se torne de difícil o imposible cumplimiento y que el aplazamiento en la eficacia del convenio acabe perjudicando los intereses de los acreedores⁴⁸⁶. Por tanto, resulta consistente con las finalidades de la PAC, principalmente la de reducción de los costes del concurso, puesto que, al permitir el inicio de la eficacia del convenio antes de finalizar el procedimiento concursal, reduce el riesgo de pérdida de valor del patrimonio por el paso del tiempo sin darle el uso escogido por los acreedores como el más satisfactorio para sus intereses, y también la de satisfacción de los intereses de los acreedores, quines prefieren, a falta de pacto expreso al respecto, que el convenio inicie sus efectos cuanto antes.

En segundo lugar, existen supuestos en que a pesar de que el convenio ha sido aprobado judicialmente, no despliega plenos efectos, por decisión del juez y por los mismos motivos que justifican una eficacia anticipada del convenio, es decir evitar perjuicios a los acreedores. El primero, cuando el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar, de forma total o parcial, esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza

⁴⁸⁶ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Comentario al artículo 133”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentario...*, *op.cit.*, págs.2214-217.

(art.133.1 LC) o bien acuerde la suspensión de los efectos del convenio en caso de recurso contra la sentencia aprobatoria del convenio (art.197.6 LC).

En relación a la regla general sobre el inicio de la eficacia del convenio concursal, es oportuno recordar lo que establece el art.100 LC respecto a las posibles esperas que contenga la propuesta de convenio. Según el mencionado precepto, las esperas no pueden exceder de cinco años *a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio*. Así, por un lado el art.133.1 LC prevé que el convenio adquiera eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación, y por el otro, el art.100.1 LC establece que el plazo de las esperas se computa a partir no de la fecha de la sentencia de aprobación sino de la firmeza de dicha sentencia. La doctrina ha criticado el cómputo del plazo de las esperas contenidos en el convenio por añadir un nuevo aplazamiento al que ya supone de por sí la espera en la exigibilidad de los créditos, mientras que el inicio del resto de contenidos se produce sin necesidad de que la sentencia aprobatoria haya adquirido firmeza⁴⁸⁷. No parece justificado este tratamiento diverso del inicio de la eficacia. Es claro que el inicio de la eficacia a partir de la comunicación de la sentencia aprobatoria y no de la firmeza beneficia a los acreedores, al reducirse el riesgo de pérdida de valor del patrimonio del deudor ya mencionado y al no tener que esperar al resultado del posible recurso de apelación para que sus créditos sean satisfechos o afectados en los términos fijados en el convenio. Con todo, existe el riesgo de que la sentencia aprobatoria del convenio, ya iniciada su eficacia, sea recurrida en apelación y finalmente revocada, lo cual haría más costoso el procedimiento y podría acabar

⁴⁸⁷ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *ibidem*.

perjudicando a los acreedores en mayor medida que el inicio de la eficacia del convenio una vez firme la sentencia de su aprobación. Pero precisamente para combatir este riesgo, el juez puede acordar el retraso de la eficacia del convenio o su suspensión mientras dure la tramitación del recurso de apelación en virtud de los arts.133.1 y 197.6 LC.

2. Eficacia del convenio concursal

Si no se suspende o retrasa la eficacia o se acuerda una eficacia parcial, el convenio concursal despliega desde la fecha de la sentencia aprobando el convenio todos sus efectos, que pasamos a estudiar a continuación.

2.1. Efectos sobre el procedimiento

Conforme al art.133.2 LC, desde que el convenio deviene eficaz cesan todos los efectos de la declaración de concurso. Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada, puesto que una lectura del Título III LC, que recoge los efectos de la declaración de concurso, demuestra que hay algunos efectos que cesan con anterioridad al inicio de la eficacia del convenio y otros que no cesan con la eficacia del convenio sino en un momento posterior.

Respecto a los primeros, cabe mencionar la facultad de rehabilitación de créditos y de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado concedida a la administración concursal, que ésta puede ejercer antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, tal como reconocen los arts.68 y 69 LC. Entre los segundos, encontramos la interrupción de la

prescripción, que no cesa con la aprobación del convenio sino con la conclusión del procedimiento (art.60 LC), y los deberes generales de información y colaboración que recaen sobre el deudor contenidos en el art.42 LC.

Hechas estas precisiones, podemos afirmar que cesan el resto de efectos de la declaración de concurso previstos en el Título III LC⁴⁸⁸: los efectos sobre el deudor (arts.40-48 LC), que pueden verse substituidos por los que en su caso establezca el propio convenio; los efectos sobre los acreedores (arts.49-59 LC), sobre los contratos (arts.61-70 LC) y sobre los actos perjudiciales para la masa activa (arts.71-73 LC). En cuanto a estos últimos, no era pacífica la aplicación, antes de la reforma de 2011, de la regla general que consagra el art.133.2 LC al ejercicio de acciones de reintegración, puesto que algunos autores consideraban que, a falta de una mención expresa al respecto y a pesar de aquella regla general, debería admitirse el ejercicio de acciones de reintegración con posterioridad a la aprobación judicial del convenio⁴⁸⁹. Era esta también nuestra opinión, y como ya expusimos al contemplar la posibilidad de que en una operación de enajenación global del patrimonio del deudor se incluyan los bienes recuperables a través de las acciones de reintegración⁴⁹⁰, debe admitirse, en orden a favorecer el cumplimiento del convenio y la satisfacción de los acreedores, que en el inventario elaborado por la administración concursal se

⁴⁸⁸ También cesan los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado previstos en el Artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

⁴⁸⁹ Vid., Felio VILARRUBIAS, “La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.4791-4792.

⁴⁹⁰ Vid. *supra*, págs.240-241.

hubiese previsto la promoción de acciones de reintegración que en el momento de aprobar el convenio aún no se hubiesen ejercido pero que pudiesen ejercerse antes de la conclusión del concurso por aquellos miembros de la administración concursal a los que, en virtud de la redacción del art.133.2 LC anterior a la reforma de 2011, el convenio encomendase determinadas funciones⁴⁹¹. La Ley

⁴⁹¹ Vid., Francisco LEÓN, “Comentario al artículo 72”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN, *Comentario...*, op.cit., tomo I, págs.1322-1328.

Es consistente, pues, esta interpretación con las finalidades de la PAC. Pero cabe preguntarse si la interpretación debe ser la misma cuando las partes pacten en el convenio el cese de las acciones de reintegración que estén pendientes de resolución en el momento de aprobación del convenio. Este es el problema que se planteado en la jurisprudencia recientemente. Así, la SJM núm.1 de Madrid de 7 de julio de 2010 admite la validez de la cláusula del convenio por la que se indica el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, incluidas las acciones de reintegración, con la aprobación judicial del convenio. Según el juez, *el desistimiento sobre el proceso en que consiste el incidente concursal de reintegración puede ser realizado por la voluntad mayoritaria de los acreedores recogida en convenio, a pesar de que la administración concursal tenga la legitimación cuasi exclusiva para el ejercicio de tales acciones. (...) La administración concursal al ejercitar las acciones de reintegración concursal, no actúa ni afirma un interés propio de tal cargo ni de sus integrantes sino que lo hace en defensa del interés de la masa pasiva del concurso, que recae sobre el conjunto de acreedores. Cuando el conjunto de acreedores, titulares del interés protegido mediante las acciones de reintegración, expresan su voluntad, con la adopción del convenio, nada impide que tal voluntad mayoritaria pueda disponer de aquellas acciones, como hacen sobre la cuantía y plazo de pago de sus propios créditos, ya que ellos son los titulares del interés tutelado, no la administración concursal, órgano destinado a actuar en defensa de tal interés y no a despecho de la voluntad de los sujetos protegidos (Fundamento de Derecho Segundo).*

En contra de la decisión judicial citada se expresa David GARCÍA BARTOLOMÉ, “Las acciones de reintegración de la masa y la aprobación del convenio (SJM 8 Madrid, 7.7.2010)”, *ADConcursal*, núm.22, 2011, págs.469-522, al entender que sólo la administración concursal, y no las partes a través del convenio, puede desistir de las acciones interpuestas, de manera que aquella cláusula del convenio no puede impedir que la administración concursal siga tramitando las acciones abiertas, pues al tramitarlas se produce beneficios para los acreedores afectados por el concurso y con ello se consigue satisfacer a los acreedores.

A nuestro parecer, sin embargo, lo que consigue satisfacer en mayor medida a los acreedores es aquello que ellos mismos han pactado y que queda reflejado en el convenio. Así, la admisión de aquella cláusula, que promueve la autonomía negocial de las partes, persigue satisfacer a los acreedores y por ello resulta consistente con las finalidades de la PAC. En el mismo sentido se posiciona PULGAR EZQUERRA, quien se muestra a favor de admitir dichas cláusulas, sobre la base de la previsión contenida en el art.133.2 LC de sustitución de los efectos derivados del concurso por los previstos

38/2011 resuelve estas dudas interpretativas reformando la redacción del art.133 LC para admitir, en su apartado 3, que no obstante su cese, los administradores concursales conservan plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos.

Como consecuencia del cese de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor relativos a la suspensión o intervención de sus facultades, cesan en el cargo los administradores concursales, que vienen obligados a rendir cuentas de su actuación delante del juez del concurso, dentro del plazo que este señale. Esta rendición de cuentas, a cuya aprobación tanto el deudor como los acreedores pueden formular oposición razonada, ha de justificar la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, así como también ha de informar del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas (art.181 LC).

Con todo, y a pesar de su cese, acabamos de ver como el art.133.3 LC establece que los administradores concursales conservan la legitimación para continuar

convencionalmente en el convenio, en conexión con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por un lado, y en base al desistimiento del proceso (art.20.2 LEC), como expresión del poder de disposición de las partes sobre la pendencia del proceso, que dejaría imprejuzgada la pretensión deducida, pudiendo por tanto entablarse en un nuevo proceso. Vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas”, RDM, núm.279, 2011, págs.147-176. Añade la autora que esta interpretación que permite conectar a la aprobación judicial del convenio el cese de las acciones de reintegración iniciadas o por iniciar constituiría un potente incentivo en orden a la conclusión de convenios, particularmente respecto de la aceptación por acreedores profesionales, que en ocasiones se ven sometidos al riesgo de rescisión concursal, de algunas de las operaciones realizadas con el concursado.

los incidentes en curso. Además, el art.133.4 LC permite que el convenio encomiende ciertas funciones a todos o a alguno de los administradores concursales hasta el íntegro cumplimiento del convenio. Vimos al tratar del contenido facultativo del convenio como se pueden pactar en el convenio fórmulas de vigilancia o seguimiento del deudor para asegurar el cumplimiento del convenio. Los administradores concursales pueden formar parte de la comisión que se forme en su caso para hacer el seguimiento del cumplimiento del convenio. Por otro lado, en la sentencia aprobatoria del convenio concursal el juez ordena, en los casos en que procede, la formación de la sección de calificación del concurso (art.167 LC). Si se abre la sección de calificación, los administradores concursales continúan en su cargo hasta cumplir con el deber de presentar al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso (art.169 LC).

2.2. Efectos sobre el deudor

Pasamos a analizar ahora los efectos del convenio concursal sobre cada una de aquellas personas afectadas por el contenido del convenio concursal, que son el deudor, los acreedores, los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado y los comprometidos.

En primer lugar el contenido del convenio vincula al deudor (art.134.1 LC), que está obligado a satisfacer a los acreedores en la forma y en el tiempo previstos en el convenio y a cumplir todos los deberes y obligaciones que el convenio le imponga, así como las posibles medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio

de las facultades de administración y disposición del deudor que se hayan pactado para asegurar el cumplimiento del convenio.

En el caso de un convenio aprobado mediante PAC, y por lo tanto mediante una propuesta presentada por el propio deudor, es claro que los efectos que produce sobre el deudor son fruto de su voluntad y del ejercicio de su autonomía privada en las negociaciones celebradas con todos o algunos de sus acreedores.

2.3. Efectos sobre los acreedores y sus créditos

Si bien la concursabilidad como fundamento del sistema concursal requiere que el procedimiento concursal integre a todos los acreedores del deudor anteriores a la declaración de concurso para poder cumplir con su función, la concitación de intereses diversos en el concurso exige que el convenio no vincule a todos ellos ni lo haga de igual manera⁴⁹²: el convenio afecta a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos (art.134 LC)⁴⁹³, y a los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor de la

⁴⁹² Se escapa del ámbito de nuestro trabajo el análisis de cada uno de estos intereses. Sólo apuntar que la clasificación de los créditos concursales establecida en los arts.91-93 LC refleja la salvaguarda de algunos de esos intereses: desde el respeto al sistema de garantías y la protección reforzada que se concede a determinados créditos a los que el legislador considera, por criterios de política social, merecedores de ella (créditos salariales, por ejemplo) hasta la protección del conjunto de acreedores ordinarios mediante la subordinación de determinados créditos (créditos por multas y sanciones, por ejemplo). Para un análisis detallado del fundamento del tratamiento de cada clase de crédito en sede concursal, vid. Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra, op.cit.*

⁴⁹³ Sobre qué clase corresponde otorgar a los créditos de aquellos acreedores ausentes o titulares de créditos no reconocidos en el concurso, vid. Felio

propuesta o cuya firma o adhesión se hubiese computado como voto favorable. Mientras que los acreedores privilegiados quedan afectados sólo si así lo expresan mediante su voto o adhesión favorable al convenio, los acreedores ordinarios quedan sometidos al convenio aunque no se hayan adherido o hayan votado a favor del mismo y los acreedores subordinados, en la medida en que no gozan de derecho a voto ni de adhesión a la propuesta de convenio, también quedan sometidos automáticamente al contenido del convenio.

Aunque los acreedores privilegiados no hayan votado o se hayan adherido a favor de la propuesta de convenio, existe aún una posibilidad para quedar afectados por el convenio: se trata de la opción admitida por el art.134.2 LC de que los acreedores privilegiados se adhieran al convenio ya aprobado por el juez, después de la aprobación del convenio y antes de la declaración de cumplimiento. De esta manera los acreedores privilegiados quedan afectados por el convenio. Si finalmente los acreedores privilegiados no votan a favor del convenio, aquellos que tengan una garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional pueden iniciar la ejecución de dichos bienes una vez aprobado un convenio cuyo contenido no les afecte (art.56 LC).

Por su parte, el contenido del convenio vincula a todos los acreedores ordinarios, que deben soportar las posibles quitas y/o esperas, así como estar a las modalidades de satisfacción de sus intereses previstas, y a todos los

VILARRUBIAS GUILLAMET, “La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal”, *op.cit.*, págs.4796-4797.

subordinados, que quedan afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero para aquellos los plazos de espera se computan a partir del cumplimiento íntegro del convenio respecto a estos últimos. Es decir, los créditos subordinados quedan sujetos a los plazos de espera y quita convenidos para los acreedores ordinarios, pero cobran sólo después del pago íntegro de los créditos ordinarios y la espera se inicia para ellos desde ese momento. Salvando su facultad de aceptar propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos.

La eficacia sobre los acreedores concursales viene condicionada, como vemos, por el hecho de ser titulares de una determinada clase de crédito. Esta circunstancia se pone especialmente de relieve en aquellos casos en que un acreedor es titular a la vez de créditos ordinarios y créditos privilegiados, quien puede adherirse o votar en sentidos distintos si lo desea para cada clase de crédito y verse afectado por consiguiente de diferente manera para cada una de ellas. Con todo, las condiciones subjetivas de los acreedores también pueden adquirir relevancia en sede concursal, puesto que el convenio puede atribuir un trato singular a uno o varios acreedores, que, al margen de su crédito, reúnan unas condiciones determinadas, que los hagan merecedores de aquel, y porque las particulares condiciones de algunos acreedores pueden determinar su inclusión en una determinada clase de créditos, por ejemplo, los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor se consideran subordinados. En qué manera se ven afectados estos acreedores lo analizaremos en relación a la eficacia objetiva del convenio concursal.

2.4. Efectos sobre los comprometidos

El convenio también afecta a aquellos que se hayan comprometido a prestar financiación, realizar pagos, prestar garantías reales o personales al cumplimiento de alguna obligación del convenio o asumir cualquier otra obligación. Como ya analizamos en sede de contenido facultativo de la PAC⁴⁹⁴, estos comprometidos pueden ser terceros o bien acreedores del concursado. En ambos casos las obligaciones asumidas por los comprometidos devienen eficaces y exigibles en los términos establecidos en el convenio.

2.5. Efectos sobre los obligados solidarios, fiadores o avalistas

La LC, a su vez, contempla unos límites subjetivos a la eficacia del convenio. Estos límites se refieren a la eficacia del convenio respecto a los garantes personales del deudor concursado, y están previstos en el art.135 LC. Este precepto viene a cubrir un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico consistente en la ausencia de una norma que estableciese los efectos que producía un convenio concursal respecto a los garantes del deudor. Ni el Código de comercio de 1885 ni el Código civil de 1889 permitían solucionar la cuestión, así como tampoco la Ley de Suspensión de Pagos, lo cual llevó a un debate intenso sobre la cuestión tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

La controversia existente sobre esta cuestión surge de la difícil incardinación del régimen jurídico previsto por el Derecho común de las garantías personales en

⁴⁹⁴ Vid. *supra*, págs.259-263.

el Derecho concursal, que refleja la existencia de un conflicto de intereses entre los acreedores garantizados, por un lado, y los garantes de dichos créditos, por otro, ante la situación de insolvencia del deudor⁴⁹⁵. A pesar de que *a priori* podría pensarse que es precisamente en una situación de insolvencia que cobra todo su significado la existencia de garantías de pago de los créditos del deudor, lo cierto es que en la práctica la idea de que la aprobación de un convenio concursal podía suponer un empeoramiento de la situación económica del garante en contraposición a las ventajas que reporta para el deudor ha impedido una aplicación pacífica de las normas reguladoras de las garantías personales en este contexto, en especial las atinentes al principio de accesoriedad y a las causas de extinción de las garantías⁴⁹⁶. Así, es claro que en el concurso la satisfacción de los acreedores garantizados se colma cuando el garante del deudor que no puede hacer frente al pago de sus créditos asume el pago del crédito garantizado, pues es esta precisamente la finalidad con la que se crea la garantía, esto es la de asegurar el pago del crédito al acreedor en caso de insolvencia del deudor, estando el garante destinado a soportar las consecuencias desfavorables de aquella insolvencia⁴⁹⁷. Sin embargo, para poder satisfacer a los acreedores garantizados en estos términos, el contenido del convenio que se concluya en el procedimiento debería ser de aplicación sólo al deudor y no afectar a los garantes del mismo. En este sentido, ni las posibles quitas pactadas, ni las esperas, ni las cesiones de bienes, entre otros contenidos,

⁴⁹⁵ Vid., Nuria BERMEJO, “Comentario al artículo 135”, *op.cit.*, págs.380-381.

⁴⁹⁶ Vid. José Carlos ESPIGARES HUETE, “Algunas consideraciones sobre los límites subjetivos a la eficacia del convenio según la nueva legislación concursal: el artículo 135”, en AAVV, *Libro Homenaje...*, *op.cit.*, págs.4509-4525.

⁴⁹⁷ Vid., José MACHADO PLAZAS, *Convenio concursal y fianza*, *op.cit.*, pág.67.

deberían suponer la extinción de su obligación en la misma medida en que lo haga la obligación principal⁴⁹⁸ ni el garante debería gozar del beneficio de excusión del cual goza fuera del concurso. Y es que la traslación exacta de las características y propiedades de la fianza al ámbito del concurso provocaría la pérdida de la finalidad con la que se crea la garantía.

Como apuntábamos, ante el silencio normativo sobre la cuestión, la jurisprudencia y la doctrina no han sido pacíficas. No podemos encontrar en la jurisprudencia una línea consolidada, sino que se han adoptado soluciones diferentes según las circunstancias del supuesto de hecho concreto. Con todo, el TS sí dejó sentado que el convenio concursal no supone la extinción de la fianza⁴⁹⁹. Ahora bien, algunas sentencias tenían en cuenta el sentido del voto del

⁴⁹⁸ Así sucede en sede extraconcursal, al considerarse la quita como una condonación que supone la extinción de las obligaciones accesorias de la obligación principal condonada parcialmente (art.1847 Cc). Otro tanto puede decirse de la espera. En base al art.1851 Cc, la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza. También las cesiones de bienes han planteado dudas acerca de los efectos liberatorios sobre los fiadores: el art.1849 Cc establece que si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador, precepto que ha sido utilizado, junto con la supuesta novación que supone la dación en pago, para defender la extinción de la fianza en convenios de cesión de bienes en pago de los créditos insatisfechos. En contra de estas consecuencias, se argumenta que resulta forzada la aplicación del art.1849 Cc a la dación contenida en un convenio concursal, resultado de la voluntad de la mayoría de los acreedores y no de la voluntad particular de cada uno de ellos. Vid., José MACHADO PLAZAS, *Convenio concursal y fianza, op.cit*, págs.82-91.

⁴⁹⁹ La STS 14 de junio de 2004 es una de las más recientes sentencias en esta materia. En esta sentencia, el TS establece que el convenio no le afecta al fiador, tercero ajeno al procedimiento de suspensión de pagos, que debe cumplir en todo caso frente al acreedor al que le afecte el aval, si éste no cobra total o parcialmente la deuda. De aceptar la tesis de la liberación de la obligación del fiador se estaría prescindiendo de la propia finalidad de la fianza como garantía del acreedor frente a la insolvencia total o parcial del deudor. Recuerda que es jurisprudencia consolidada del tribunal que subsiste la responsabilidad del fiador por la cuantía total de la obligación garantizada.

acreedor respecto al convenio concursal⁵⁰⁰. En la doctrina, la mayoría de autores han entendido que el fiador no podía beneficiarse del contenido dilatorio o remisorio del convenio concursal y por lo tanto seguía obligado frente al acreedor del concursado, en la línea de la corriente dominante a nivel comparado de mantener las acciones del acreedor contra el fiador del deudor⁵⁰¹. Con todo, ha habido autores que se han decantado por aplicar con todo rigor el principio de accesoriidad de la fianza que rige en el Derecho común (art.1824 Cc) y extinguir la obligación accesoria que es la fianza⁵⁰².

La LC, al regular esta cuestión, acoge a grandes rasgos la línea jurisprudencial adoptada por el TS tomando el sentido del voto de los acreedores garantizados como el dato relevante para determinar la vinculación del convenio sobre sus derechos frente a los fiadores, avalistas u obligados solidarios del concursado⁵⁰³. La LC distingue dos situaciones diferentes, en función de la actitud de los acreedores, en un intento de conciliar, por un lado, el fundamento de las garantías personales, y el favorecimiento de la consecución de un convenio, por

⁵⁰⁰ Vid., STS de 24 de enero y de 20 de junio de 1989, y de 26 de mayo de 1988.

⁵⁰¹ Así lo demuestran el art. 64.II de la Ley francesa de 25 de enero de 1985, el art.254 *Insolvenzordnung* alemana o el art.135.2 *Legge Fallimentare* italiana.

⁵⁰² Vid., Guillermo ALCOVER GARAU, “Los efectos de los convenios concursales en las fianzas”, *op.cit.*, págs.225 y ss.

⁵⁰³ La LC menciona sólo a obligados solidarios, fiadores y avalistas, por ser los supuestos más frecuentes en la práctica, pero esta mención no es exhaustiva. Así los efectos del convenio concursal que ahora analizamos han de hacerse extensivos a aquellos supuestos de garantía de la obligación, como los avalistas cambiarios, obligados cambiarios en vía de regreso, socios o administradores codeudores de la sociedad concursada que prestan una fianza personal. Son de esta opinión Nuria BERMEJO, “Comentario al artículo 135”, *op.cit.*, págs.2228-2239, y Ángel CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs.376-379.

el otro, dando preeminencia a la autonomía privada de las partes implicadas en caso que el acreedor garantizado vote a favor del convenio, que es el que ha generado más polémica en la jurisprudencia.

Así, la primera situación responde al supuesto en que los acreedores afianzados no votan a favor del convenio, por lo tanto que votan en contra o se abstienen⁵⁰⁴. En este caso, los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedan vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas. Estos últimos no pueden hacer valer ni la aprobación ni los efectos del convenio en contra de ellos. Si el acreedor no vota a favor del convenio, la quita no aprovecha al fiador, y esta regla es intocable por convenio (art.135.1 LC). Así, ni debe entenderse la quita como una condonación de la deuda que extinga las obligaciones accesorias (art.1190 Cc) ni la espera como una prórroga según los términos del art.1851 Cc ni las cesiones de bienes como una aceptación voluntaria de inmuebles u otros efectos en pago de la deuda en el sentido del art.1849 Cc ni, en fin, el resto de cláusulas facultativas del convenio como extintivos de las garantías personales existentes, lo cual está en plena concordancia con el carácter de la eficacia objetiva del convenio prevista en el art.136 LC y que en el siguiente apartado analizamos.

⁵⁰⁴ Debemos incluir en este grupo de acreedores que no voten a favor del convenio a aquellos sin derecho a voto (art.122 LC). Sobre esta cuestión, vid. Felio VILARRUBIAS GUILLAMET, “La eficacia del convenio concursal”, *op.cit.*, pág.4800.

La segunda situación, más controvertida, hace referencia a aquel supuesto en que los acreedores votan a favor del convenio y que por consiguiente quedan vinculados por el convenio en relación a sus derechos frente a los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado. La responsabilidad de éstos últimos frente a dichos acreedores se rige por las normas aplicables a la obligación que hubiesen contraído (art.135.2 LC). Al remitirse a las normas aplicables a la garantía personal en cuestión, la LC no zanja el debate ya expuesto sobre la aplicación del principio de accesoriedad de determinadas garantías personales que rige fuera del concurso respecto al garante del concursado en los casos de aprobación de un convenio. La solución a este debate debemos buscarla en la racionalidad de las garantías personales, que se basa en la reducción de los costes de vigilancia del deudor por parte del acreedor⁵⁰⁵. Con la garantía personal, el acreedor puede dejar de controlar la solvencia del deudor trasladando esa carga al garante, para quien llevar a cabo aquel control resulta menos costoso, ya sea por la relación personal, profesional o de interés en el negocio del asegurado que le une a éste⁵⁰⁶. Si aquella remisión a la normativa reguladora de la garantía se interpretase en el sentido de extinguir las garantías en la misma proporción que la obligación principal queda extinguida por el convenio, la norma del art.135 LC produciría unos efectos *ex ante* indeseados, ya que obligaría al acreedor a seguir asumiendo el coste de control de la solvencia del deudor, negándose así la operatividad funcional de los

⁵⁰⁵ Vid., Josep Oriol LLEBOT MAJÓ, *Las garantías en los procedimientos concursales*, *op.cit.*, pág.29, y Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, *op.cit.*, pág.186.

⁵⁰⁶ Vid., Antonio B. PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor, 2005, pág.17.

negocios de garantía. Por lo tanto, desde la perspectiva que aporta la racionalidad de las garantías personales, si las partes no pactan nada al respecto y el acreedor se adhiere o vota a favor de la PAC deberían subsistir plenamente las acciones que le pertenecen frente al garante personal, aunque no es esta una opinión generalizada en la doctrina⁵⁰⁷.

Esta, sin duda, también es la solución que mejor se adapta a las finalidades de la PAC de conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, al incentivar el consentimiento del acreedor con garantía personal a favor del convenio sin que eso suponga perder su garantía si no quiere, y de satisfacción de los acreedores. Sin embargo, y también de forma coherente con la finalidad de promocionar la autonomía de la voluntad de las partes, la LC permite que el garante y el acreedor lleguen, en el uso de su autonomía privada, a acuerdos que suavicen aquel resultado. Así, la LC permite que el convenio incorpore una cláusula por la cual los acreedores garantizados renuncian voluntariamente y de forma explícita a dirigirse contra los garantes durante la vigencia del convenio⁵⁰⁸.

Se entiende que, a pesar de que el acreedor mantenga sus acciones contra el garante de su crédito, debe actuar de buena fe para con su garante, por lo que la LC adopta medidas para que éste pueda participar en la decisión de aceptar o no

⁵⁰⁷ No considera válido este resultado José Carlos ESPIGARES HUETE, “Algunas consideraciones sobre los límites subjetivos...”, *op.cit.*, págs.4523-4524.

⁵⁰⁸ Vid., Nuria BERMEJO GUTIERREZ, “Comentario al artículo 135”, *op.cit.*, págs.2228-2239.

el convenio si finalmente se ha de ver afectado por él, ya que en caso de que el fiador finalmente acabe pagando al acreedor y ya se haya aprobado un convenio el fiador no recupera la totalidad de lo pagado sino que se ve afectado por las quitas, esperas u otros contenidos que incorpore el convenio, afectación que por otro lado no es nada más que la concreción del riesgo asumido al garantizar el crédito en cuestión. No plantea ningún problema aquella situación en que el garante haya procedido al pago al acreedor con anterioridad a la declaración de concurso, puesto que el garante se subroga en la posición del acreedor satisfecho y puede actuar en el procedimiento con plenos derechos (art.1839 Cc). Para facilitar el reconocimiento de su crédito, establece el art.87.7 LC que a solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, pueden incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda⁵⁰⁹. Situación distinta es aquella en que ya se haya iniciado el procedimiento concursal y el acreedor garantizado todavía no se haya dirigido contra el garante, de manera que éste no haya podido comunicar su crédito. A proteger el crédito eventual del

⁵⁰⁹ Es oportuno hacer referencia a lo previsto en el art.160 LC, según el cual el acreedor que hubiera cobrado parte del crédito de un fiador, avalista o de un obligado solidario, tiene derecho a obtener en el procedimiento concursal del deudor los pagos correspondientes al fiador, avalista o deudor solidario hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total del mismo. Con esta norma se consagra una preferencia a la hora de cobrar por parte del acreedor principal respecto al garante en caso de concurrencia, claro reflejo de lo previsto por el art.1213 Cc: el acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito. Sobre esta cuestión, ver Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, “Comentario al artículo 87”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentario...*, *op.cit.*, págs. 1559-1577.

garante se dirige el art.87.6 LC, en virtud del cual los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocen por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Esta sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador ha suscitado controversia en relación a la calificación que merece el crédito garantizado cuando el fiador sea persona especialmente relacionada con el deudor. Al respecto, el art.87.6 LC prevé que cuando el crédito principal y el de regreso no pertenezcan a la misma clase, siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación del crédito en cuestión se opte por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador. Así, si el crédito principal es un crédito ordinario y el crédito del fiador es subordinado, aquel es considerado como subordinado cuando el fiador se subrogue en la posición del acreedor garantizado. Esta redacción es fruto de la modificación introducida por el Real Decreto-ley 3/2009, que introduce la mención *siempre que se produzca la subrogación por pago* para resolver la controversia que este precepto había generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en relación a los créditos que resultaban afectados por la referida calificación menos gravosa para el concurso. Sobre esta polémica y la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009, vid. José-Juan PINTÓ RUIZ, “La aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal (Literalidad y justicia del caso concreto)”, ADConcursal, núm.19, 2010, págs.443-471.

Antes de la reforma, en su redacción originaria, parte de la doctrina había interpretado el art.87.6 LC en el sentido de que la calificación menos gravosa para el concurso hacía referencia tanto al crédito del principal como al crédito del fiador, para evitar que el fiador, al subrogarse en la posición del acreedor principal con la condición de ordinario, pueda eludir la subordinación que le correspondería por ser persona especialmente relacionada con el deudor. Vid. Nuria BERMEJO, “Comentario al artículo 87”, *op.cit.*, pág.1559-1577. Esta interpretación también encuentra acogida en la jurisprudencia. Así, la SJM Santander núm.1 de 16 de marzo de 2007 entiende que el crédito principal también queda afectado, entendiendo que el acreedor que disfrute de fianza de un tercero puede satisfacer su crédito fuera del concurso, dirigiéndose directamente al fiador.

En cambio, otros autores entendían la referencia a la condición menos gravosa únicamente en relación al crédito del fiador, de manera que aunque el fiador sea persona especialmente relacionada con el deudor, el crédito concursal continuaba mereciendo la condición de ordinario o privilegiado, si bien, cuando el fiador se subrogue en el crédito, ese crédito quedaba degradado a la categoría de subordinado. En este sentido, vid. Ángel CARRASCO, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.238-241. Esta era la interpretación acogida por la mayoría de la jurisprudencia. En este sentido, vid., entre otras, las SSJM núm.1 Madrid de 5 de julio de 2005, AP Barcelona (sección 15^a) de 29 de junio de 2006, JM Tarragona núm.1 de 7 de diciembre de 2006, JM Barcelona núm.3 de 27 de junio de 2005, JM Baleares núm.1 de 13 de junio de 2007. Y también es la que finalmente ha sido acogida por el legislador de la reforma.

Por último, y para evitar de nuevo conductas abusivas de los acreedores que gozan de garantías personales, prevé el art.161 LC, en sede de liquidación pero aplicable también cuando la solución adoptada sea el convenio, que en los casos de concursos de varios deudores solidarios, el acreedor cuyo crédito haya sido reconocido en estos concursos no puede percibir cantidad superior al importe de su crédito.

2.6. El carácter novatorio del convenio

Queda por ver en relación a la eficacia del convenio cuáles son los efectos concretos que producen en los créditos concursales los diversos acuerdos contenidos en el convenio. Este es precisamente el contenido del art.136 LC, que lleva por título *eficacia novatoria*⁵¹¹. Conforme al art.136 LC, los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedan extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.

Sorprende el título, *eficacia novatoria*, que se le da a dicho contenido. El legislador concursal traslada aquí la problemática existente entre los civilistas sobre la noción de novación, objeto de una regulación confusa en el Código civil. Por un lado, algunos artículos del Código civil tratan la novación como modo de

⁵¹¹ Para algunos autores este precepto es irrelevante y redundante respecto a los preceptos anteriores. Son de esta opinión Ángel CARRASCO PERERA y Esther MORATIEL PELLITERO, “Dos paradojas del convenio concursal...”, *op.cit.*, págs.1-7.

extinción de las obligaciones (arts.1156, 1203-1213 Cc), y por otro, en el desarrollo de algunos de estos preceptos se considera la novación como modificación de las obligaciones (art.1203 Cc). No es en absoluto irrelevante esta distinción en este contexto, puesto que la extinción de la obligación principal por efecto de la novación, es decir, la novación entendida como extinción de las obligaciones, supone la extinción de las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento (art.1207 Cc), y tal concepción de la eficacia novatoria en la LC entraría en contradicción con el art.135 LC, según el cual el convenio no produce la extinción de las obligaciones accesorias a menos que las partes pacten lo contrario.

En nuestra opinión, y a pesar de utilizar el término *extinción* para referirse a los efectos de la quita sobre el crédito, cuando el legislador utiliza la expresión eficacia novatoria para etiquetar los efectos del convenio sobre los créditos, lo hace en el sentido de novación como modificación y no como extinción, salvando así además la compatibilidad de la referencia a la eficacia novatoria del convenio con el contenido del art.135 LC⁵¹². El carácter modificativo de la novación es especialmente evidente en los supuestos en que el convenio contiene una quita o una espera, contenido que, si bien produce, en los términos del art.136 LC, la extinción del crédito en la parte en que alcanza la quita, que deviene inexigible por parte del acreedor afectado, se trata de una extinción

⁵¹² Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 136”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU y Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1257-1260.

parcial que no produce la extinción total de los créditos concursales y la consiguiente sustitución de una obligación por otra sino que los mismos créditos son aplazados o remitidos, por tanto modificados en su objeto (art.1203.1º Cc)⁵¹³. Pero también en el resto de contenidos facultativos del convenio. Así, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, en los supuestos de enajenación de bienes y derechos del patrimonio del concursado, el tercer adquirente de dichos bienes debe asumir, además de la continuidad de la actividad empresarial o profesional, el pago de los créditos de los acreedores, de manera que éstos no ven extinguidos sus créditos sino modificados por la sustitución de la persona del deudor (art.1203.2º Cc). Nuevamente estamos ante una novación modificativa, en este supuesto por cambio de deudor. Puede concluirse, en fin, que sea cual sea el contenido del convenio, éste en ningún caso provoca la extinción de los créditos afectados por él sino sólo su modificación.

Sin embargo, algunos autores no aceptan la idea de la novación, ni extintiva ni modificativa. La duda surge respecto al hecho de si los efectos del convenio se producen con independencia de que el convenio se cumpla o no⁵¹⁴. Está claro que si finalmente se declara el cumplimiento del convenio, los créditos quedan

⁵¹³ No piensa así Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.931, según el cual a partir de la aprobación del convenio nace una nueva relación jurídica entre el deudor y cada uno de sus acreedores, que se ajustará a los términos del convenio.

⁵¹⁴ Dudan del carácter novatorio de la eficacia del convenio por la provisionalidad de su afectación Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 136”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.950-951, y Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ, “Comentario al artículo 136”, en ROJO-BELTRÁN (dir.), *Comentario...*, *op.cit.*, págs.2244-2248.

extinguidos definitivamente en el importe a que ascienda la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y en general afectados por el contenido del convenio, en los términos del art.136 LC. Pero si el convenio se incumple, conforme al art.140.4 LC se rescinde el convenio y desaparecen los efectos sobre los créditos a que se refiere aquel precepto. Tratamos de esta cuestión más adelante, pero como ya ha sido apuntado, el legislador establece una eficacia novatoria con carácter particular en sede concursal, condicionada al cumplimiento del convenio⁵¹⁵.

IV. La ineficacia del convenio

En tanto que negocio jurídico que es el convenio concursal, es oportuno completar su examen con el régimen que debe aplicarse en caso de detectar, una vez aprobado por el juez del concurso, alguna irregularidad en su *iter* formativo. La LC no contiene una regulación de este aspecto del convenio y lo único que puede encontrarse a lo largo de su articulado son algunas referencias indirectas, lo cual nos obliga a recurrir al Derecho de las obligaciones y los contratos y, particularmente, a les diferentes categorías de ineficacia que reconoce el Código civil, esto es, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión.

En este apartado, nos centraremos en la nulidad y anulabilidad, que obedecen a la existencia de un defecto en la formación del negocio jurídico, y dejaremos el estudio de la rescisión, que opera en aquellos casos en que un negocio jurídico

⁵¹⁵ Vid., José MACHADO PLAZAS, “Comentario al artículo 136”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1461-1462.

perfectamente válido causa un perjuicio económico a determinadas personas, para el siguiente Capítulo, en el apartado relativo al cumplimiento e incumplimiento del convenio⁵¹⁶, puesto que como se lee del art.140.4 LC, la supuesta rescisión del convenio queda vinculada a su incumplimiento. Será entonces cuando analizaremos esta cuestión y determinaremos primeramente si en puridad podemos hablar de rescisión del convenio, aspecto este discutido.

Volviendo a la nulidad y anulabilidad, partimos, para llevar a cabo nuestro análisis, de lo que establece de forma lacónica la LC en el art.143.1.4º LC, según el cual si el juez declara por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado, procede de oficio la apertura de la fase de liquidación. Con esta única referencia, que sigue la inercia histórica de nuestro Derecho concursal consistente en guardar silencio sobre esta cuestión, es claro que debe recurrirse al Código civil para completar el régimen de la ineficacia del convenio.

La nulidad de un negocio jurídico es aquella ineficacia que deriva de una irregularidad en su formación y que se produce *ipso iure*, sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados y por tanto puede el juez declararla de oficio. Los negocios jurídicos nulos son aquellos contrarios a la ley, la moral y el orden público, que no pueden sanarse y cuya ineficacia obliga a restituir las cosas transmitidas por su causa. Por su parte, la anulabilidad es aquella ineficacia que reside en la existencia de vicios en alguno de los requisitos esenciales de un negocio jurídico, ya sea falta de capacidad plena de obrar, ya sea intimidación y violencia, error, dolo y falsedad de la causa

⁵¹⁶ Vid. *infra*, págs.581-593.

(art.1301 Cc)⁵¹⁷. La invalidación de los negocios jurídicos que adolecen de alguno de estos vicios depende del ejercicio de la acción de impugnación. La validez del negocio depende de que quien esté legitimado pida la anulación. Si se ejerce la acción de impugnación, el negocio se declara nulo. De no ser así, el vicio puede ser sanado mediante la confirmación del negocio por parte de quien tiene la legitimación para ejercer la acción de anulación del mismo.

Las categorías de ineficacia que nos suministra el Código civil, cuyo régimen acabamos de describir muy sucintamente, deben ser coordinadas con los mecanismos que la propia LC aporta para combatir las irregularidades en la formación del convenio con el propósito de evitar trámites reiterativos que acaben aumentado los costes del sistema concursal en perjuicio de los acreedores. Y es que la formación del convenio concursal transcurre al amparo de un procedimiento judicial y los controles que sobre la legalidad de la propuesta de convenio primero y del convenio ya aprobado después se suceden a lo largo del procedimiento. A la tarea de intentar coordinar el régimen de la ineficacia recogido en el Código civil, por un lado, y los mecanismos de control de la legalidad previstos en la LC, por otro, dedicamos los siguientes apartados.

1. La nulidad y la anulabilidad y su relación con el control de legalidad del convenio

A lo largo del procedimiento concursal son diversas las ocasiones en que el juez del concurso procede a controlar la legalidad de la PAC y del convenio ya

⁵¹⁷ Vid., Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, págs.471-502.

aprobado, que se circunscribe a un examen sobre el cumplimiento de las normas relativas al contenido del convenio, la forma y contenido de las adhesiones, la constitución y celebración de la junta, así como sobre la viabilidad objetiva del convenio y la emisión de adhesiones o votos decisivos para la aceptación de la propuesta por los titulares legítimos de los créditos y sin maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios.

Siendo estos los elementos que son examinados a lo largo del procedimiento, es muy improbable que un convenio que se haya sometido a todos los controles de legalidad mencionados y haya sido finalmente aprobado por el juez del concurso sufra alguna causa de nulidad o anulabilidad. Los requisitos que debe cumplir la propuesta de convenio durante todo el *iter* procesal desde su presentación hasta su aprobación se dirigen a impedir, precisamente, que llegue a iniciar sus efectos un convenio que reúna semejantes defectos y a evitar las consecuencias que la ineficacia del convenio acarrearía para los acreedores.

Sin embargo, no puede descartarse, por muy improbable que pueda parecer, que un convenio concursal que haya sido aprobado por el juez del concurso sufra alguna causa de nulidad o anulabilidad. De manera que la construcción de un régimen jurídico completo del convenio concursal debe contemplar el tratamiento que debe dispensarse a un convenio concursal que incurra en aquellas causas. En nuestra opinión, una vez ubicada la figura del convenio concursal en la categoría del negocio jurídico, le resulta de aplicación la normativa relativa a los negocios jurídicos recogida en el Cc en todo aquello que no haya previsto de forma expresa la LC de forma armónica con los principios

inspiradores del sistema concursal en general y con las finalidades de la PAC en particular. En cuanto al régimen de la ineficacia del convenio en especial, este debe asegurar el cumplimiento de la legalidad en la formación del convenio pero sin llegar a comprometer lo que puede resultar una solución satisfactoria para los acreedores por un exceso de celo en la protección de sus intereses.

Así, por un lado, el convenio concursal puede sufrir alguna causa de nulidad absoluta, es decir que vaya en contra de la ley, la moral y el orden público, carezca de objeto o causa o que estos no sean lícitos así como de la forma exigida por la ley como requisito *ad solemnitatem*⁵¹⁸. La acción de nulidad por alguna de estas causas, meramente declarativa, puede ejercitarla cualquier persona que ostente un interés legítimo e incluso la nulidad del convenio puede ser declarada de oficio por el juez.

Más probable que un convenio afectado por causas de nulidad absoluta, en cambio, resulta un convenio que presente alguna causa de anulabilidad. Son muy diversas las opiniones que existen en la doctrina sobre lo que debe entenderse por causa de anulabilidad del convenio: desde los que aplican al convenio las causas relativas a los vicios de los contratos sin restricciones⁵¹⁹, hasta los que defienden como causas de nulidad los mismos motivos que los

⁵¹⁸ En contra, vid. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “La nulidad del convenio concursal”, RCP, num.6, 2007, págs.83-117, para quien sólo aquellas irregularidades que puedan ser causa de anulabilidad según el Código civil y que no hayan sido ya objeto de control durante el procedimiento podrían ser esgrimidas para anular el convenio una vez este haya iniciado la producción de su eficacia.

⁵¹⁹ Vid., Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “De la fase de convenio”, en Juan SÁNCHEZ CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, op.cit., págs.2123-2124.

que pueden servir de base para el rechazo de oficio del convenio por parte del juez⁵²⁰, pasando por aquellos que mantienen posiciones intermedias⁵²¹. A nuestro parecer, las causas de anulabilidad deben constreñirse a los vicios de los elementos esenciales del convenio para cuya denuncia no exista ninguna oportunidad durante el procedimiento concursal. La razón de este posicionamiento reside en que el reconocimiento de aquellos vicios como causas de anulabilidad del convenio permite asegurar el cumplimiento de la legalidad en la formación del convenio y satisfacer el interés del conjunto de acreedores del deudor, pero sin ser reiterativo en la protección de dicho interés, evitando que una vez declarada la aprobación del convenio vuelvan a plantearse dudas sobre aspectos para cuya resolución ya se prevé un trámite durante el concurso, puesto que semejante posibilidad añadiría costes concursales que recaerían sobre los mismos acreedores.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, podemos identificar como causas de anulabilidad del convenio todos aquellos vicios en alguno de los requisitos esenciales del mismo (consentimiento, objeto y causa) no contemplados como causas de oposición a la aprobación. Aquí tendrían cabida, por ejemplo, aquellos casos de adhesiones o votos emitidos con violencia, intimidación, dolo o error, que son conocidos después de la aprobación del convenio. Para que estos vicios comportasen la anulación del convenio sería necesario, a diferencia

⁵²⁰ Vid., Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, “La fase de liquidación concursal”, en Juan Francisco GARNICA MARTÍN (dir.), *La nueva Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.516-517.

⁵²¹ Vid., Alberto DÍAZ MORENO, “Comentario al artículo 128”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario...*, *op.cit.*, págs.2139-2168.

de las causas de nulidad absoluta, que la persona afectada por ellos ejerciera la correspondiente acción, puesto que de lo contrario el convenio se entendería sanado y continuaría desplegando todos sus efectos, y además que sus adhesiones o votos fuesen determinantes a la hora de alcanzar la mayoría exigida para la aceptación del convenio. Así, aquel acreedor que emitió su voto o su adhesión con error o con violencia, por ejemplo, podría querer renunciar a su acción una vez descubierto el error o cesada la violencia por entender que el convenio aprobado le resulta más beneficioso que el resultado de una posible liquidación, produciéndose así la confirmación del convenio anulable (arts.1310 y ss Cc). Sin embargo, no puede desconocerse que, por otro lado, esta legitimación podría favorecer un ejercicio estratégico de la acción de anulabilidad. En este sentido, el acreedor afectado por una causa de anulabilidad podría querer expropiarse de parte del valor de la cuota de satisfacción que corresponde al resto de acreedores a cambio de no interponer aquella acción que llevaría a la apertura de la fase de liquidación.

2. Efectos de la declaración de nulidad del convenio

Si finalmente la persona afectada por una causa de nulidad o anulabilidad del convenio ejerce la acción que le corresponde y el juez del concurso determina que existe tal causa o bien éste conoce la existencia de alguna causa de nulidad absoluta, la sentencia estimatoria de la nulidad del convenio determina el cese de la eficacia del convenio y los acreedores dejan de estar sometidos a su contenido. A su vez, la anulación del convenio provoca la apertura de oficio de la fase de liquidación (art.143.1.4º).

En el régimen general, la anulación del negocio jurídico conlleva la obligación de restitución de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, según el art.1303 Cc, de manera que se vuelva a la situación anterior al inicio de la eficacia. Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo previsto en el art.162 LC relativo a la coordinación de los pagos en sede de liquidación con los realizados en una precedente fase de convenio: los pagos realizados en una fase de convenio anterior se presumen legítimos, salvo que se pruebe la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. Así, con el mantenimiento de los pagos legítimos realizados en virtud del convenio que deviene finalmente ineficaz se niega la retroactividad absoluta que impone el art.1303 Cc⁵²². Cabe considerar, sin embargo, que dichos pagos traigan causa no del convenio anulado sino de los que les correspondan a los acreedores por la liquidación del patrimonio del deudor, puesto que, como afirma el apartado 2 del art.162 LC, quienes hubieran recibido pagos parciales legítimos los retienen en su poder, pero no pueden participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de acreedores de su misma clase hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente. Persigue el legislador con esta medida reducir los costes del concurso simplificando la gestión de los pagos a los acreedores en situaciones de cierta complejidad como puede ser la anulación de un convenio parcialmente cumplido.

⁵²² Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “La nulidad del convenio concursal”, *op.cit*, pág.114.

CAPÍTULO III

LA TRAMITACIÓN PROCESAL DE LA PAC

I. Planteamiento

El principio de unidad legal constituye uno de los principios inspiradores de la reforma del Derecho Concursal español y supone la concentración de las normas materiales y procesales del concurso en un único texto legal⁵²³ y la ruptura con el sistema existente hasta la fecha de entrada en vigor de la LC que imponía la separación entre el Derecho concursal material, recogido en el Código de comercio de 1885, en la Ley de Suspensión de Pagos y en el Código civil, y el Derecho concursal procesal, contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 y el Código de comercio de 1829, normativa que la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) no derogaba a la espera de la entrada en vigor de la LC⁵²⁴.

⁵²³ Vid., apartado II, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos de la LC.

⁵²⁴ Sin llegar a quebrar el principio de unidad legal, y como excepción a la concentración en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, existen normas que regulan algunos aspectos del concurso que no se encuentran recogidas en la LC. En primer lugar, están aquellas normas que por su naturaleza exigen rango de ley orgánica. Así, la LC viene acompañada de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que recoge las disposiciones de la reforma concursal que precisan ley orgánica, como son las cuestiones relativas a los derechos fundamentales del deudor concursado o la creación de los juzgados de lo mercantil, así como las nuevas materias que se les atribuyen a los jueces de lo mercantil. Y en segundo lugar, aquella legislación especial a la que la LC remite para la insolvencia de entidades de crédito, empresas de servicios de inversión, entidades aseguradoras, entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, contenida en la Disposición adicional segunda.

Fiel a dicho principio, la LC incorpora tanto las normas materiales como las normas procesales reguladoras del concurso y lo hace, por un lado, dedicando el Título VIII, “De las normas procesales generales y del sistema de recursos”, a la regulación procesal del concurso, y, por otro, recogiendo a lo largo del articulado, fuera del Título VIII, múltiples aspectos procesales que se entremezclan con las previsiones de carácter sustantivo del concurso, como es el caso de la materia que nos ocupa en este tercer capítulo: la tramitación procesal de la PAC⁵²⁵. Sin embargo, esta consagración en la LC de la unidad legal no obsta a que la Disposición final quinta de la LC establezca la supletoriedad de la LEC en aquello no previsto en la LC, específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma. Asimismo, en virtud de aquella Disposición, en el ámbito de los procesos concursales resultan de aplicación los principios de la LEC en cuanto a la ordenación del proceso.

⁵²⁵ Respecto a la regulación procesal del concurso, debe tenerse en cuenta la aprobación de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial (en adelante, Ley 13/2009), cuyo artículo decimoséptimo recoge la modificación de la LC. Esta Ley tiene por objeto la implantación en España de la nueva Oficina Judicial, que persigue, según su Preámbulo, *la racionalización y optimización de los recursos que se destinan al funcionamiento de la Administración de Justicia, descargando a los Jueces y Magistrados de aquellas tareas que no tengan naturaleza jurisdiccional para que se dediquen únicamente a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*. El mencionado objetivo supone, entre otras consecuencias, la necesidad de modificar una serie de preceptos de la LC. No sólo para sustituir la referencia a la Secretaría del juzgado contenida a lo largo del articulado de la LC por la de la Oficina Judicial (arts. 96.4, 98, 108.2, 111.1, 113.1, 115.2 y .3, 115 bis.2, 139.1, 142.1.2º y .2, 148.1.2º y .2, 152 y 185 LC), sino también para atribuir al Secretario judicial competencias que hasta el momento estaban asignadas al Juez del concurso o que no estaban asignadas expresamente a ningún órgano (arts. 13.1, 18.2, 19.4, 23.3, 24.5, 29.1, 37.4, 51.2, 61.2, 64.6, 99.1, 107.1, 109.1, 111.2, 114.1, 116.3, 117.3, 129.2, 139.1, 142bis.1, 148.1, 169.2, 184.7, 186, 187.1 y 195 LC) y para introducir modificaciones sobre algunas cuestiones que sin estar directamente relacionadas con la implantación de la Oficina Judicial afectan al proceso concursal (arts.8.1 y 96.4 LC).

Con esta nueva regulación de la materia procesal del concurso la LC *quiere reconducir la complejidad del concurso a un procedimiento que permita su más pronta, eficaz y económica tramitación*⁵²⁶. Es esta una de las aspiraciones destacadas por el legislador al abordar la reforma concursal y también, como sabemos, una de las finalidades de la PAC. Parece claro, pues, que la tramitación de la PAC adquiere un papel destacado a la hora de contribuir a la configuración de un procedimiento concursal eficaz, rápido y poco costoso.

En este Capítulo III abordaremos el examen del régimen procesal de la PAC desde la perspectiva que nos aporta el análisis de su consistencia con su cometido de reducir los costes del procedimiento concursal y con el resto de las finalidades asignadas a la misma y expuestas en el Capítulo I, siguiendo así el enfoque metodológico propuesto al inicio de este trabajo.

El régimen de la tramitación procesal de la PAC que a continuación pasamos a examinar está, al igual que el de cualquier propuesta de convenio, conformado por una sucesión de controles de legalidad y de oportunidad y se inicia con su presentación ante el juez del concurso y se prolonga hasta el cumplimiento del convenio ya aprobado. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con una propuesta ordinaria de convenio, que se tramita una vez abierta la fase de convenio, el procedimiento que se inicia con la presentación de la PAC puede seguir una doble tramitación. Por un lado, la alternativa reducida o agilizada que tiene lugar cuando la PAC se aprueba en la fase común, sin la apertura de la

⁵²⁶ Vid., apartado X, párrafo primero, de la Exposición de Motivos de la LC.

fase de convenio, y, por otro, la alternativa extendida que tiene lugar cuando la PAC no consigue ser aprobada en la fase común y se abre la fase de convenio para su tramitación escrita o para ser sometida a la consideración de la junta de acreedores. Ambas son objeto de estudio en este Capítulo.

II. La intervención de los órganos del concurso en la tramitación de la PAC

Como vimos en el Capítulo I, el convenio surgido de una PAC es un negocio jurídico *sui generis*, que comprende tanto elementos contractuales como procesales. Por un lado, contiene un acuerdo entre el concursado y sus acreedores por el cual se puede pactar una diversidad de contenidos que satisfagan sus intereses, y por otro, exige para su eficacia la emisión de un acto procesal a través del cual el juez del concurso aprueba el convenio. La PAC, pues, además de ser aceptada por los acreedores, debe ser aprobada por el juez para que pueda desplegar todos sus efectos.

Para que el juez apruebe la PAC, ésta debe superar una serie de controles de legalidad y de oportunidad, llevados a cabo por el propio juez del concurso y por la administración concursal, que son los órganos necesarios del concurso y cuya presencia es imprescindible para que el concurso pueda desplegar sus efectos y cumplir sus finalidades. En la tramitación de la PAC, la función de estos órganos debe además conducir al cumplimiento de las finalidades que aquella tiene asignadas. Por ello, antes de proceder al análisis del concreto régimen procesal de la PAC, es oportuno detenerse a determinar el alcance que la intervención de

los órganos del concurso, especialmente del juez, debe tener en la tramitación de la PAC para que resulte consistente con sus finalidades.

1. La función de los órganos del concurso en la tramitación del convenio

Tal como acabamos de apuntar, el convenio concursal se somete a lo largo de su tramitación a diferentes controles por parte del juez y de la administración concursal, superados los cuales el juez acuerda su aprobación. Existen diferentes puntos de vista sobre cuál es la función que debe asumir el juez del concurso en estos controles y a lo largo de la tramitación del convenio, siendo esta una cuestión estrechamente vinculada a la de la función del Derecho concursal⁵²⁷. Para quienes el Derecho concursal puede incorporar finalidades adicionales a la de obtener la máxima satisfacción de los acreedores, el juez debe forzar a las partes a negociar y a comprometerse, a la vez que asegura que sus derechos son protegidos y las políticas legislativas perseguidas por el concreto sistema concursal se cumplen. Y para servir a estas políticas es necesario investir al juez con una amplia discrecionalidad, puesto que cada concurso es un caso particular, con una variedad y diversidad de circunstancias y de intereses, que no pueden ser reconducidas a un único modelo de actuación judicial⁵²⁸.

⁵²⁷ Vid., Douglas BAIRD, “Bankruptcy Uncontested Axioms”, *op.cit.*, págs. 579-580. En nuestro Derecho, vid., entre otros, Rafael ILLESCAS ORTIZ, “La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores”, CDC, 1997, págs.11-26, y sobre la vigente LC, Ignacio TIRADO, *Los administradores concursales*, Civitas, Madrid, 2005, págs.285-313.

⁵²⁸ Son de este parecer Donald R. KOROBKIN, “Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy”, *Colum. L. Rev.*, vol.91, núm.4, 1991, págs.717-789, y Elisabeth WARREN, “Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World”, *Mich. L. Rev.*, vol.92, 1993, págs.336-387.

Esta visión del papel del juez gira entorno a un modelo de procedimiento concursal que se basa principalmente en la dirección de las discusiones y negociaciones entre las partes, mediadas por un juez con amplias facultades⁵²⁹.

Por contra, para quienes la única finalidad del concurso es la satisfacción de los acreedores, el juez del concurso ha de asumir el papel de árbitro desinteresado en el conflicto de intereses entre las partes implicadas⁵³⁰. A la hora de negociar la reorganización de la deuda en una situación concursal, ninguna de las partes involucradas goza de la combinación de conocimiento, experiencia y neutralidad necesaria para devolver a la empresa a una situación de estabilidad económica y financiera, pues mientras que los acreedores tienden a favorecer sus intereses, los administradores del deudor concursado deciden lo mejor para los suyos propios, que pueden no ser coincidentes con los de aquellos. Siendo así las cosas, más que estar encomendado a conseguir un determinado resultado, el

⁵²⁹ Este parecía ser el rol del juez en el anterior procedimiento de suspensión de pagos, donde la junta de acreedores era un contexto adecuado para las negociaciones sobre el contenido de la propuesta de convenio, dirigidas por el juez. Así, la junta debía ser presidida por el juez y el deudor tenía la obligación de concurrir a ella, pues de no hacerlo por sí o apoderado se sobreesía el expediente. Además, en la junta los acreedores podían, a la vista del resultado del debate, modificar la proposición de convenio y acordar libremente las cláusulas que estimasen convenientes (arts.13 y 14 LSP).

La jurisprudencia también llegó a pronunciarse sobre el alcance de la intervención del juez en el procedimiento de suspensión de pagos. Como ejemplo, cabe citar la STSJ Navarra de 11 de noviembre de 1995, que discutía la naturaleza jurídica de la función de los interventores judiciales en la suspensión de pagos, declara que “las facultades del juez son amplísimas en el mencionado expediente de suspensión de pagos en el que la sujeción al principio de rogación está bastante limitada y, en ciertos aspectos, podríamos decir que predomina el inquisitivo, pues lo contrario supondría colocar al Juez como figura de simple dirección formal e impediría sus facultades de dirección y control efectivos en la suspensión” (Fundamento de Derecho Tercero).

⁵³⁰ En este sentido, Douglas BAIRD, “Bankruptcy Uncontested Axioms”, *op.cit.*, págs. 593-595.

juez debe controlar el procedimiento para asegurar que se tienen en cuenta todos los intereses implicados y que toda la información relevante es recogida y puesta a disposición de las partes. De manera que el juez se limita a resolver las disputas legales y a permitir que las partes puedan tomar sus propias decisiones disponiendo de toda la información necesaria. No es, pues, el juez quien debe tomarlas por ellas. Dotar al juez de discrecionalidad sólo tiene sentido cuando está en una posición adecuada para ello, y no es claro que el juez tenga habilidades especiales en materia financiera y económica⁵³¹.

A nuestro parecer, y en el contexto de la LC, es esta última aproximación a la función del órgano judicial la más acorde con el fundamento del concurso. Para comprender el alcance que debe conferirse a la intervención judicial en un procedimiento concursal debe partirse de las razones que justifican la imposición de un procedimiento colectivo ante la situación de insolvencia de un deudor común a varios acreedores. Esta intervención se justifica por el problema, que ya hemos descrito anteriormente, de acción colectiva que aparece en dicha situación. La actitud racional de cada acreedor buscando maximizar su propio interés lleva a un resultado perjudicial para el conjunto de acreedores y por eso es necesario un mecanismo que imponga la cooperación entre las partes con el fin de conservar o aumentar el valor del patrimonio del deudor y asegurar así una mayor satisfacción de los acreedores. Este mecanismo, que es el concurso, se desarrolla bajo la tutela de un juez que garantiza la observancia de

⁵³¹ Vid. Douglas BAIRD, *ibidem*.

la ley a lo largo de todo el procedimiento⁵³². En la tramitación de una propuesta de convenio según el régimen legal previsto en la LC, este control de legalidad que realiza el juez se manifiesta en diferentes momentos: en primer lugar, en el momento de la admisión a trámite, cuando el juez verifica la forma y contenido de la propuesta presentada por el deudor, y posteriormente, con la aprobación de la propuesta, cuando el juez vuelve a realizar un control de oficio y a instancia de la administración concursal y de los acreedores sobre el convenio ya aceptado por la mayoría de acreedores.

Siendo esa la función del juez del concurso, debe existir otro órgano encargado de recabar toda la información relevante sobre el patrimonio del deudor y trasladarla al juez y a los acreedores a fin de que estos estén en condiciones de tomar decisiones óptimas. Esta función la asume la administración concursal, que, además de recabar toda la información sobre el patrimonio del deudor, lleva a cabo una evaluación sobre la viabilidad de la propuesta que ha de permitir a los acreedores decidir si esa es la mejor solución para sus intereses. Se trata, pues, de un control sobre la oportunidad del convenio que se asigna al órgano de la administración concursal, que en la redacción originaria de la LC estaba formado por un abogado, un economista y un acreedor, composición que buscaba aglutinar los conocimientos e incentivos necesarios para llevar al patrimonio del deudor a su uso óptimo. Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el órgano de administración concursal pasa a estar integrado, como principio general, por un único miembro, que debe reunir la

⁵³² Vid., Ignacio TIRADO, *Los administradores concursales*, *op.cit.*, pág.317.

condición de abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con los requisitos del art.27 LC, aceptándose asimismo la designación de una persona jurídica como miembro de aquel órgano. Sólo en caso de concursos ordinarios de especial trascendencia, el juez ha de nombrar, además de aquel administrador, a otro que reúna la condición de acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado. Si bien es una medida que tiende a agilizar y reducir los costes del concurso⁵³³, la aglutinación de aquellos conocimientos e incentivos que regía la composición ordinaria del órgano de la administración concursal deja de existir, pasando la administración a estar formada, como regla general, únicamente por miembros con conocimientos jurídicos o económicos, lo cual nos parece merecedor de crítica por contradecir los criterios ya expuestos que configuran la administración concursal como órgano del concurso y la distribución de funciones con el juez del concurso.

En la tramitación de la propuesta de convenio, el control de oportunidad se lleva a cabo también en varios momentos: en el trámite de evaluación de la propuesta de convenio por parte de la administración del concurso y en el trámite de aprobación de la propuesta al otorgarse a la administración concursal la facultad de oponerse a la aprobación por la inviabilidad objetiva del convenio.

Es evidente, pues, que en la LC el control de legalidad y el de oportunidad se asignan a órganos distintos: mientras el control de legalidad se asigna al juez, la función de información y asesoramiento a los acreedores recae sobre la administración concursal. A través de estas funciones asignadas a los órganos

⁵³³ Vid., apartado VII, del Preámbulo de la Ley 38/2011.

del concurso, el procedimiento concursal se dirige a asegurar el contexto óptimo en que las partes puedan tomar sus propias decisiones, recabando y distribuyendo entre las partes toda la información relevante sobre el patrimonio del deudor, por un lado, y asegurando la legalidad de todo lo actuado, por otra. Estas son y no otras las funciones de los órganos del concurso. Es claro, por consiguiente, que entre las funciones asignadas a los órganos del concurso no se encuentra la de decidir sobre el destino final del patrimonio del deudor ni sobre los medios por los que se verán satisfechos los intereses del concurso, decisión esta que corresponde exclusivamente a los acreedores del deudor. Esta distribución de funciones pone en evidencia que el concurso debe ser en definitiva un instrumento a disposición de aquellos para alcanzar la satisfacción de sus intereses⁵³⁴.

⁵³⁴ Sin embargo, existe una norma que obliga a matizar el carácter instrumental del procedimiento y el principio dispositivo sobre éste que de aquel carácter instrumental se derivaría. Se trata del deber del deudor de solicitar la declaración de concurso previsto en el art.5 LC. La inconsistencia de este deber impuesto por el art.5 LC con las finalidades de la PAC y con la función del concurso, y que el Real Decreto-ley 3/2009 intenta rebajar con la introducción en aquel precepto del apartado 3, derogado y sustituido por el art.5 bis Ley 38/2011, se hace más evidente si cabe al constatar la imposibilidad del juez de declarar de oficio el concurso, sin perjuicio de lo previsto en el art.19.3 LC en el sentido de facultar al juez para comunicar, antes de declarar el concurso, a los acreedores si pese al desistimiento o renuncia del acreedor solicitante de la declaración, estimase que concurre el presupuesto objetivo del concurso. En este sentido, vid., Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso”, OLIVENCIA RUIZ, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *Tratado de derecho mercantil. Derecho procesal concursal*, vol.7, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.17-39.

Así, por un lado se impone al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o deba conocer su situación de insolvencia, pero, por otro, el juez no puede declarar de oficio el concurso aunque considere que existe situación de insolvencia. También al comparar la falta de disponibilidad sobre el inicio del concurso con la disponibilidad por parte de los acreedores sobre la conclusión del concurso, ya que el art.176.1 LC concede a las partes la posibilidad de desistir o renunciar a la tramitación del concurso y de esa manera ponerle fin. Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “La intervención judicial en el convenio”, Poder Judicial, 2004, pág.211-212.

2. La desjudicialización del concurso en la tramitación de la PAC

El carácter instrumental que debe atribuirse al procedimiento concursal y la asignación al órgano judicial de un estricto control de la legalidad quedan especialmente de relieve en el régimen procesal de la PAC. La doctrina ha acusado a la LC de judicialización y procesalización del concurso, lamentando la falta de soluciones extrajudiciales y la presencia excesiva del juez⁵³⁵ y la Exposición de Motivos de la LC afirma que *la ley dota al juez de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el Derecho anterior*⁵³⁶, haciendo referencia a la asunción por parte del juez de facultades que antes estaban atribuidas a otros órganos del concurso. Sin embargo, a nuestro parecer aquellas acusaciones no están fundamentadas.

En primer lugar, si bien es cierto que el juez goza de mayores competencias⁵³⁷, esta acumulación de competencias por parte del juez se debe a la centralización de los poderes de dirección del procedimiento y control de legalidad en un solo

De manera que el deber del art.5 LC supone una limitación a la disponibilidad de las partes sobre sus intereses privados y sobre la conveniencia o no de acudir al órgano judicial para satisfacerlos, conveniencia que debería venir condicionada por la posibilidad de concluir un acuerdo extrajudicial y no por la imposición de aquel deber ajeno a ésta posibilidad. En esta dirección apunta precisamente las reformas operadas por el Real Decreto-ley 3/2009 y la Ley 38/2011, que, al suspender el deber de solicitar la declaración de concurso, permite a las partes concluir un acuerdo extrajudicial que evite el concurso a pesar de encontrarse el deudor en situación de insolvencia actual.

⁵³⁵ Vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La reforma del Derecho concursal espanyol”, *op.cit.*, págs.88-130.

⁵³⁶ Vid., apartado IV, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos de la LC.

⁵³⁷ Vid., Manuel OLIVENCIA RUIZ, “Facultades del juez y voluntad de las partes...”, *op.cit.*, págs.25-31.

órgano, en aras a una mayor expedición y agilidad procesal. Se trata de facultades que antes pertenecían a la junta de acreedores y que no dejan de ser expresión de un control de la legalidad, nunca un control de oportunidad del convenio⁵³⁸. En segundo lugar, la figura de la PAC es una clara muestra de que la LC promueve la desjudicialización del concurso y una intervención judicial estrictamente circunscrita al control de legalidad de la formación de la propuesta de convenio, reservando a la administración concursal y a los acreedores el control de oportunidad.

Con la PAC, el procedimiento ya no es el foro de discusión y de supervisión de las negociaciones en que tradicionalmente han consistido los procedimientos de insolvencia⁵³⁹. En la tramitación de la PAC, la fase de negociación entre el deudor y sus acreedores sobre el contenido del convenio transcurre fuera de los tribunales⁵⁴⁰. Asimismo, la emisión de la propuesta y su aceptación por parte de algunos o todos los acreedores tienen lugar antes del inicio del procedimiento. Una vez negociado el contenido de la PAC y obtenidas las adhesiones exigidas para su presentación, es cuando el deudor la presenta ante el juez del concurso y éste interviene para comprobar que es conforme a la LC y, si finalmente las adhesiones alcanzan la mayoría exigida para su aceptación, para aprobarla e

⁵³⁸ Vid., Francisco Javier CONS GARCÍA, “Novedades procesales en la reforma concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal...*, *op.cit.*, t.III, págs.3469-3502.

⁵³⁹ Ni cuando la propuesta se somete a la votación de la junta, ya que el art.116 prevé que excepcionalmente la junta pueda estar presidida no por el juez sino por el miembro de la administración concursal que él designe, de manera que podría suceder que el juez no presenciara la deliberaciones de la junta, volviendo a ponerse en evidencia la idea de un juez que no tiene encomendadas tareas de mediador en las negociaciones sino de estricto control de la legalidad.

⁵⁴⁰ Vid. *supra*, págs.175-181.

imponerla al conjunto de acreedores ordinarios, incluso disidentes y ausentes, y subordinados así como a los privilegiados que se adhieran o voten a favor de la propuesta. De esta manera, la PAC implica una tramitación procesal más desjudicializada y por lo tanto menos costosa, pero que se somete al mismo control de legalidad y de oportunidad que implica una propuesta ordinaria, por lo tanto sin mermas en las garantías de los acreedores, alejándose así de esta figura los temores, que también suscitaba el convenio obtenido en el procedimiento de suspensión de pagos, a los posibles pactos que por tener lugar no en una junta de acreedores presidida por un juez sino privadamente entre el deudor y sus acreedores se presumían más proclives a ser perjudiciales para algunos acreedores en beneficio de otros o a ser conseguidos mediante coerción o fraude⁵⁴¹.

La desjudicialización de la tramitación de la propuesta de convenio que supone la PAC se erige en un medio claramente útil para conseguir las finalidades que el legislador le atribuye. Como hemos constatado al analizar las soluciones conservativas del Derecho concursal comparado⁵⁴², la desjudicialización del procedimiento concursal ha sido una medida utilizada por las legislaciones concursales de diferentes países para dar respuesta a los problemas de un procedimiento concursal demasiado costoso, con un inicio tardío y con soluciones forzadas por el deterioro del patrimonio del deudor. Así pues, la PAC se sirve de una menor judicialización en su tramitación procesal para conseguir

⁵⁴¹ Vid. José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, “Conclusión del concurso”, en OLIVENCIA RUIZ, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *Derecho procesal concursal*, *op.cit.*, págs.173-205.

⁵⁴² Vid. *supra.*, págs.73-75.

las finalidades que el legislador le otorga. De este modo, el legislador consigue en primer lugar reconocer la autonomía de las partes en lo que a sus intereses concierne y su capacidad de negociar sobre la solución a la insolvencia del deudor sin la presencia de un órgano judicial. En segundo lugar, la menor intervención judicial en la tramitación de la PAC reduce los costes del concurso y por lo tanto supone una mayor masa activa disponible para dar satisfacción a los acreedores y también al deudor, por lo que a su vez esta circunstancia incentiva al deudor a solicitar el concurso en el momento oportuno, favoreciendo la conservación del patrimonio del deudor.

III. La negociación preconcursal de la PAC

Una vez vistas las facultades que deben asumir los órganos del concurso en la tramitación de la PAC, estamos en disposición de analizar el régimen procesal de esta tramitación, cuyo inicio viene determinado por la presentación de la PAC ante el juez del concurso y el control de la legalidad que sobre ella realiza el juez. Con todo, ya hemos visto como el inicio de la formación de la PAC no se sitúa en esa presentación, puesto que previamente a ese momento existe una fase preconcursal en que el deudor emprende las negociaciones con algunos de sus acreedores. Si bien esta fase preconcursal se desarrolla extrajudicialmente, sin intervención judicial, el deudor puede realizar a lo largo de ella actos con trascendencia procesal. Nos estamos refiriendo a la comunicación puesta en conocimiento del juzgado competente para conocer del concurso del inicio de las negociaciones para obtener adhesiones a una PAC prevista en el art.5 bis LC,

norma con una significación sustantiva que ya hemos tratado en el capítulo anterior, pero también con implicaciones procesales que conviene tratar en este.

Este art.5 bis LC es una norma introducida por la Ley 38/2011 y que tiene su origen en el derogado apartado 3 del art.5 LC introducido por el Real Decreto-ley 3/2009. Este art.5.3 LC aportaba un nuevo elemento normativo en el régimen jurídico de la PAC que acentuaba la perseguida desjudicialización del concurso, pues, como hemos defendido⁵⁴³, permitía que el deudor y sus acreedores llegasen a un acuerdo antes de la declaración de concurso que podía acabar evitando el propio concurso. Pero fue una norma que generó un debate doctrinal y sobre todo jurisprudencial propiciado fundamentalmente por la parquedad del precepto, que, recordemos, establecía que el deber de solicitar la declaración de concurso no era exigible al deudor que en estado de insolvencia actual⁵⁴⁴ hubiese iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una PAC y dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Lo escueto del precepto propició una serie de disfuncionalidades en la práctica que obligaron al legislador de la reforma de 2011 a introducir cambios en su articulación.

En primer lugar, el art.5.3 LC nada prevía, y sigue sin hacerlo el art.5 bis, sobre la forma en que el deudor podía poner en conocimiento del juzgado competente

⁵⁴³ Vid. *supra*, págs.152-156 y 178.

⁵⁴⁴ Sobre la inadmisión e ineficacia de la comunicación del art.5.3 LC cuando la insolvencia no es actual sino inminente, vid. AAP Madrid (sección 28^a) de 5 de febrero de 2010 y AJM n^o5 de Madrid de 17 de abril de 2009.

el inicio de las negociaciones y la tramitación posterior de dicha comunicación, que, como veremos, condiciona el recurso que cabe contra la resolución que la resuelva. En atención a las resoluciones dictadas hasta el momento, la comunicación consiste en un escrito firmado por el abogado y el procurador del deudor⁵⁴⁵ y presentado por el procurador con poder suficiente, al que algunos juzgados han dado el tratamiento de comunicación relacionada con la solicitud de concurso voluntario⁵⁴⁶, mientras que otros han tratado como una solicitud de diligencias preliminares o preparatorias de concurso⁵⁴⁷.

Un segundo aspecto de mayor calado y que había suscitado posicionamientos opuestos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es el del contenido de la comunicación⁵⁴⁸. Nuevamente, el art.5.3 LC no se detenía a regular esta

⁵⁴⁵ Vid. Juana PULGAR EZQUERRA, “Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda...”, *op.cit.*, págs.49-134. Sin embargo, Eduardo AZNAR GINER entiende que no es preciso comparecer y actuar representado por procurador y asistido de letrado, al no ser aplicable el art.184.2 LC, en la medida en que la comunicación no supone la apertura de procedimiento concursal alguno. Vid. Eduardo AZNAR GINER, *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs.45-46.

⁵⁴⁶ En este sentido, vid. AJPI núm.6 de Badajoz de 11 de mayo de 2009.

⁵⁴⁷ En este sentido, vid. AAJM núm.1 de Pontevedra de 31 de julio de 2009 y JM núm.8 de Barcelona de 11 de mayo 2009. A favor de esta consideración, Javier GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comunicación del inicio de las negociaciones...”, *op.cit.*, págs.669-671, quien comparte el posicionamiento de los tribunales entendiendo la comunicación del art.5.3 LC como una mera notificación que no genera procedimiento alguno susceptible de terminación anticipada y de la que no procede desistir, aunque sí puede ser revocada. Revocación a través de la cual el deudor, si quiere, pues la LC no le obliga, renunciaría a agotar los plazos que el art.5.3 LC le concede, bien porque ha superado la situación de insolvencia y no solicitará la declaración de concurso, bien porque es consciente de que no va a obtener las adhesiones necesarias para la PAC y opta de forma inmediata por la declaración de concurso.

⁵⁴⁸ Vid. Emilio BELTRÁN y M^a Luisa SÁNCHEZ PAREDES (dirs.), *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Navarra, 2009, págs. 28-29, que resume las diferentes líneas jurisprudenciales al respecto.

cuestión. Parecía claro, y al respecto no había discusión, que la comunicación debía contener la declaración del deudor de haber iniciado las negociaciones para obtener las adhesiones a la PAC. Pero no había acuerdo más allá de esta afirmación. Así, la doctrina se había planteado el nivel de acreditación del contenido de esta declaración, es decir si el deudor debía presentar algún tipo de prueba sobre el declarado inicio de las negociaciones con los acreedores y la situación de insolvencia actual, o bien bastaba la manifestación del deudor alegando los presupuestos fácticos del art.5.3 LC para que el juez diese por presentada la comunicación⁵⁴⁹. Para alguna doctrina, la norma no supeditaba la comunicación a requisito probatorio alguno, sino que se trataba de una simple declaración unilateral del deudor, que no estaba obligado a probar el inicio de las negociaciones ni su alcance ni debía acompañar ninguna referencia a la PAC ni a los acreedores con los que el deudor ya haya contactado⁵⁵⁰. Este posicionamiento doctrinal se veía respaldado por algunas resoluciones judiciales, que decidían sobre la comunicación con una interpretación flexible del precepto, en el sentido de que dicha norma no establecía ningún requisito probatorio y bastaba la mera declaración del deudor de haber iniciado las negociaciones para que fuese admitida⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Vid. Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”, RCP, 11, 2009, págs.85-98.

⁵⁵⁰ En este sentido, Mariano HERNÁNDEZ ARRANZ, “La nueva fase preconcursal”, Diario La Ley, núm.7272, 29 octubre 2009, págs.1-21.

⁵⁵¹ Vid., AJM núm.8 de Barcelona de 11 de mayo de 2009, que tiene por realizada la comunicación de inicio de negociaciones sin que el deudor hubiese facilitado ni relación de acreedores, ni cuantificase su pasivo, ni aportase propuesta de convenio o borrador de la misma ni indicase las gestiones iniciadas en orden a la negociación de la propuesta. Afirma la resolución que *el art.5.3 LC no establece ningún requisito formal y por lo tanto la mera comunicación por parte del deudor permite presuponer que*

En sentido contrario se había expresado otro sector de la doctrina, para la que la comunicación del deudor debía respaldarse en un cierto grado de seriedad y realidad del proceso negociador, para evitar que se dejase en manos del deudor la inexigibilidad del deber de solicitar la declaración de concurso del art.5.1 LC. Esta seriedad y realidad podría acreditarse, se afirmaba, con las firmas de los acreedores con los que se hayan iniciado las negociaciones o con la prueba de la participación en las negociaciones de un número mínimo de acreedores⁵⁵², si bien el control de legalidad de la comunicación se debía realizar *a posteriori*, tras la declaración de concurso del deudor. En esta línea se encuentran otras resoluciones judiciales, que requerían que se aportase prueba del inicio de las conversaciones y que se justificase la insolvencia actual, aunque con el fin de agilizar la comunicación entendían que en el momento inicial de la comunicación al juzgado no debía exigirse la acreditación de dichos extremos sino en un momento posterior⁵⁵³.

todas las exigencias del precepto se dan. Vid, AAP Sevilla (sección 5ª) de 21 diciembre de 2010 y de 22 de octubre de 2010.

⁵⁵² Vid., José Antonio GARCÍA-CRUCES y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.49-60, quienes creen que sería una burla a la finalidad pretendida con el precepto que se permitiera que la negociación fuera con un acreedor que titula un crédito con un muy reducido nominal.

⁵⁵³ Vid., AJM núm.5 de Madrid de 17 de abril de 2009, según el cual *sería conveniente la acreditación del inicio de negociaciones, sin embargo en aras de lograr un convenio anticipado y en virtud del principio favor convenii que inspira la regulación concursal se puede prescindir de su acreditación en este momento procesal.* Por otro lado, el AJM Pamplona de 28 de junio de 2010 considera que *no basta con una mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado, sino que es preciso aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya y versan sobre una propuesta anticipada de convenio que permita superar la insolvencia actual del solicitante, pues de lo contrario no se justifica la activación del mecanismo protector del artículo 5.3 LC que impide la presentación de solicitudes de concurso necesario, lo cual no puede*

Finalmente había surgido en la jurisprudencia una interpretación más estricta, que exigía la concurrencia, en el momento de presentar la comunicación al juez del concurso, de tres requisitos: que se acreditase el estado de insolvencia actual, que se acreditase el inicio de las negociaciones, y que constase que el solicitante no se encontraba incurso en ninguna prohibición del art.105 LC, no bastando la mera alusión genérica a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado⁵⁵⁴, interpretación que también había tenido acogida en la doctrina⁵⁵⁵. Esta interpretación vendría, pues, a exigir en el momento de

dejarse a la simple discrecionalidad de la solicitante, debiendo ser objeto de supervisión judicial.

⁵⁵⁴ Vid., AJM núm.1 de Granada de 11 de mayo 2009 y AJM núm.1 de Pontevedra de 31 de julio de 2009. La primera entiende como insuficiente la justificación presentada sobre el estado de insolvencia actual del solicitante (un avalista personal que alega tener sus derechos de crédito sujetos a los concursos declarados de dos entidades, lo que podía impedir hacer frente a las elevadas responsabilidades que como garante personal se derivarían de no satisfacerse los créditos concurrentes contra la sociedad avalada). Afirma que no basta con una mera alusión a que las negociaciones para un convenio anticipado se han iniciado sino que es necesario aportar un principio de prueba de que tales negociaciones son reales, se han iniciado ya y versan sobre una propuesta anticipada que permita superar la insolvencia actual del solicitante.

En términos similares, la segunda deniega tener por comunicado al juzgado la formalización del inicio de negociaciones con los acreedores por *el incumplimiento de los requisitos del art.5.3 LC: a) que el deudor justifique en la misma forma prevista en el art.2 su situación de insolvencia actual; b) que ofrezca justificación de haber iniciado las negociaciones con los acreedores para la obtención de adhesiones; y c) que el deudor no se encuentre sometido a prohibición conforme al art.105*. Este último auto, sin embargo, fue revocado por el AAP Pontevedra de 27 enero 2010 que tiene por realizada la comunicación del inicio de las negociaciones por parte de la deudora apelante. En este mismo sentido se expresa la Providencia JM núm.1 de Pamplona de 15 de junio de 2010, que requiere al deudor que comunica el inicio de las negociaciones según el art.5.3 LC para que complete la comunicación presentada indicando los hechos reveladores de la situación de insolvencia actual que alega, para que manifieste si se encuentra incurso o no en alguna de las prohibiciones y para que presente la oportuna justificación o principio de prueba del inicio de negociaciones con sus acreedores.

⁵⁵⁵ A favor de esta interpretación rígida se manifiesta María José PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de “suspensión” del deber de instar el concurso”, Diario La Ley, 19 de octubre de 2009, págs.7-9.

presentar la comunicación al juzgado los requisitos que el deudor debe acreditar, según la LC, en el momento de solicitar la declaración de concurso y de presentar la PAC.

El art.5 bis LC viene a resolver estas dudas interpretativas surgidas en la doctrina y en la jurisprudencia. Y lo hace acogiendo, de entre los diferentes posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales surgidos al respecto, aquel que a nuestro entender es la más acorde con las finalidades de la PAC, en especial con la de reducir los costes del concurso, consistente en considerar que en el momento de presentar la comunicación del deudor al juez del concurso basta la mera comunicación del deudor manifestando las circunstancias que le exige el art.5 bis LC, sin necesidad de aportar pruebas sobre ninguna de ellas. En este sentido cabe entender el apartado 3 del art.5 bis LC al establecer que ante la comunicación del deudor sobre el inicio de las negociaciones para alcanzar las adhesiones a una PAC, el secretario judicial, sin más trámite, debe proceder a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor. De manera que no hay, en el momento de presentar la comunicación, ningún examen sobre el contenido de la misma.

Si tenemos presente que el art.5 bis, al igual que el ya derogado art.5.3 LC, se ha introducido para favorecer la consecución de acuerdos entre el deudor y el acreedor que pueden llegar a evitar el concurso, el exigir al deudor que acredite en el momento de la comunicación una serie de información, que puede no llegar a ser necesaria porque el deudor finalmente concluya un acuerdo con sus acreedores antes de la declaración de concurso y este no llegue a iniciarse,

hubiese dificultado y aumentado los costes de conseguir tales acuerdos. Igualmente, si el concurso no se llegare a evitar y el deudor acabase solicitando la declaración de concurso, el contenido de la comunicación tendría que ser acreditado de nuevo, por mandato de los arts.6 y 104 LC, y la documentación acreditativa de aquel contenido elaborada otra vez si existen cambios durante el periodo de las negociaciones en la situación patrimonial, económica y financiera del deudor, lo que innegablemente aumentaría los costes del concurso. En atención a estas consideraciones, es en el momento de solicitar la declaración de concurso y en su caso de presentar la PAC que se debe acreditar la información relativa a su situación de insolvencia y a la PAC y cuando el juez del concurso debe constatar el cumplimiento de aquellos requisitos, sin que la manifestación del deudor condicione, por otro lado, la resolución del juez ante la solicitud del concurso voluntario ni el resultado de la calificación del concurso⁵⁵⁶.

Es claro, por tanto, que la exigencia de prueba del contenido de la comunicación en el momento de su presentación ante el juez del concurso aumenta los costes del concurso. Pero cabe comprobar también si, a pesar del aumento de costes del concurso, la exigencia de prueba hubiese perseguido alguna otra finalidad que contribuyese a la función del concurso. Así, se había dicho que la prueba de la comunicación debía satisfacerse para evitar que el cumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso pudiese quedar sin más en manos del deudor insolvente, de modo que una simple manifestación suya le liberase

⁵⁵⁶ En este sentido, AAP de Pontevedra (sección 1ª) de 27 de enero de 2010 (Fundamento de Derecho Segundo).

temporalmente de aquel cumplimiento⁵⁵⁷. En otras palabras, se defendía que debía acreditarse la comunicación para proteger a los acreedores, puesto que si se admitía la comunicación del deudor sin aportación de prueba alguna por parte del deudor, éste podía utilizar el art.5.3 LC no para negociar con los acreedores sino únicamente para impedir que, durante los cuatro meses adicionales que se conceden al deudor para negociar una PAC y cumplir con el deber de solicitar la declaración de concurso, los acreedores solicitasen la declaración de concurso del deudor. Al impedir la solicitud del concurso por parte de los acreedores, el deudor perseguiría el mantenimiento de todas las facultades de administración sobre su patrimonio, pudiendo de esta manera tomar decisiones ineficientes que afectasen a su patrimonio en perjuicio de los intereses de los acreedores⁵⁵⁸.

Sin embargo, no creemos, y así parece entenderlo también el legislador de la reforma de 2011, que la acreditación de aquella información hubiese resultado relevante para evitar ese riesgo. Así, del hecho que el deudor acredite estar en insolvencia actual o que no incurre en las prohibiciones del art.105 LC no se deriva que el deudor no hace un uso estratégico del art.5 bis LC. Aquel riesgo, en todo caso, puede conjurarse a través de otras normas de la LC (vgr., calificación del concurso y acciones de reintegración). Tampoco evita el riesgo, que a nuestro parecer es el que realmente puede amenazar a los acreedores, consistente en que el concurso no se solicite en el momento oportuno, en la

⁵⁵⁷ Vid., José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.54-56.

⁵⁵⁸ Vid., Guillermo ALCOVER GARAU, “Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso”, RCP, núm.13, 2010, págs.321-327.

medida en que durante esos cuatro meses el patrimonio del deudor se puede deteriorar, perder valor y la satisfacción de los acreedores acabar siendo peor que la conseguida a través de un procedimiento concursal iniciado en el momento oportuno. Este riesgo existe en cualquier caso, se acredite o no se acredite el contenido de la comunicación del art.5 bis LC, por los propios efectos de la norma convirtiendo en inexigible el deber de solicitar la declaración de concurso, respecto de la cual podemos afirmar que no sirve a la finalidad de anticipar la declaración de concurso, al contrario desincentiva al deudor a solicitar la declaración de concurso en una situación de insolvencia inminente, en la que el inicio del concurso permita conservar o aumentar el valor del patrimonio del deudor.

Por ello, debemos concluir que la nueva configuración de la comunicación del art.5 bis LC, que no requiere la acreditación de la información contenida en la comunicación, sirve a las finalidades de la PAC. Así, pues, ya no es necesario, como sucedía con el art.5.3 LC, que el juez, una vez recibida la comunicación del deudor, resuelva tener por presentada la comunicación mediante auto (art.206.2.2ª LEC), contra el que en la práctica algunos tribunales habían aceptado recurso de apelación, por aplicación de las normas relativas a las diligencias preliminares de la LEC (arts.256-263 LEC)⁵⁵⁹, y otros recurso de reposición, por aplicación del art.197.3 LC⁵⁶⁰. Es suficiente que el secretario

⁵⁵⁹ Vid. AAP de Pontevedra (sección 1ª) de 27 de enero de 2010, que estima el recurso de apelación presentado contra el auto de instancia inadmitiendo a trámite la comunicación del deudor.

⁵⁶⁰ Vid., AJM de Granada de 11 de mayo de 2009 y AJPI núm.6 de Badajoz de 11 de mayo de 2009. En este sentido también se expresa Carmen MUÑOZ DE BENAVIDES,

judicial deje constancia de la comunicación, lo cual sin duda también contribuye a lograr un procedimiento concursal más ágil y menos costoso, pues evita actuaciones procesales innecesarias, como hemos expuesto, para la consecución de la función concursal.

Una vez finalizado el periodo de tres meses que concede el apartado 4 del art.5 bis sin haber alcanzado un acuerdo que elimine la situación de insolvencia actual del deudor pero habiendo conseguido el apoyo a la PAC de suficientes acreedores como para que esta sea admitida a trámite, el deudor debe presentar la solicitud de declaración de concurso voluntario dentro del mes siguiente al transcurso de los tres meses mencionados, pudiendo presentar la PAC junto con dicha solicitud o bien en un momento posterior, dando inicio así a la tramitación de la PAC.

IV. El control de legalidad en el momento de la presentación de la PAC: la admisión a trámite

El primer control de legalidad sobre la PAC se lleva a cabo en el momento de su presentación, cuando el juez decide sobre su admisión a trámite y por lo tanto sobre el inicio de su tramitación. Este primer control de legalidad en el momento de la presentación de la PAC supone una reducción de costes importante al realizar un filtro que evita la tramitación de propuestas contrarias a la ley. Así, el propósito de la admisión a trámite es asegurar que la PAC cumple

“La comunicación del art.5.3 de la Ley Concursal a la luz de la jurisprudencia”, Diario La Ley, núm.7419, 8 junio 2010, págs.1-4.

todos los requisitos exigidos por la ley y que por lo tanto los acreedores pueden emitir su adhesión con garantías.

1. Los requisitos de presentación de la PAC

En el momento en que el deudor presenta la PAC ante el juez del concurso, ésta debe cumplir una serie de requisitos con respecto de la forma, la documentación, el contenido, la legitimación y el tiempo de presentación.

En primer lugar, la PAC ha de cumplir en el momento de ser presentada ante el juez del concurso los requisitos formales, documentales y de contenido que ya hemos analizado en el Capítulo anterior⁵⁶¹. La PAC debe presentarse por escrito y con las firmas requeridas por el art.99 LC, acompañada del plan de pagos y el plan de viabilidad si se cuenta con los recursos que genere la actividad empresarial para cumplir la propuesta y su contenido debe adecuarse a la disciplina contenida principalmente en el art.100 LC pero también en los arts.101, 102, 125 y 137 LC.

En relación con el cumplimiento de los requisitos referentes al contenido de la PAC en el momento de su presentación, cabe detenerse en el tratamiento jurídico de dicho cumplimiento con respecto a uno de los contenidos facultativos de la PAC, cuya válida incorporación pone en evidencia la inconsistencia de algunas de las normas que conforman el régimen del convenio con la función de los órganos del concurso y por ende con las finalidades de la

⁵⁶¹ Vid. *supra*, págs.181-281, 319-335.

PAC. Nos estamos refiriendo a la incorporación en la PAC de quitas y/o esperas que superen los límites fijados en el art.100 LC cuando así lo contemple el plan de viabilidad (art.104.2 LC). Como vimos⁵⁶², el deudor que pretenda incorporar quitas que excedan la mitad del importe de cada crédito o esperas que superen los cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio debe solicitar al juez la correspondiente autorización (art.100.1 LC). A falta de previsión expresa al respecto en la LC, la doctrina entiende⁵⁶³ que el régimen jurídico de aquella solicitud de autorización es el previsto en el art.188 LC para las autorizaciones judiciales en general⁵⁶⁴, que el momento procesal idóneo para solicitar esta autorización es el de la presentación de la PAC y que el momento procesal oportuno para resolver sobre la concesión o no de la autorización es el de la admisión a trámite de la PAC, puesto que el contenido de la PAC debe ser cierto y los acreedores deben conocer si el juez autoriza las quitas y esperas que superen los límites a partir del momento en que ya puedan manifestar su adhesión a la propuesta, esto es, una vez superado el control de legalidad sobre los requisitos de la PAC llevado a cabo por el juez en la admisión a trámite⁵⁶⁵.

⁵⁶² Vid. *supra*, págs.219-223.

⁵⁶³ Vid., Carmen SENÉS MOTILLA, “La tramitación del procedimiento concursal”, Poder Judicial, n^oXVIII, 2004, págs.559-616.

⁵⁶⁴ La solicitud de autorización se presenta por escrito y se traslada a todas las partes que deban ser oídas. Éstas disponen, en función del carácter abreviado o no del procedimiento concursal, de un plazo no inferior a tres días ni superior a diez para presentar alegaciones. El juez resuelve la solicitud mediante auto en un plazo de cinco días desde el último vencimiento (art.188.2 LC). En este sentido, vid., Carmen SENÉS MOTILLA, “La tramitación del procedimiento concursal”, *op.cit.*, págs.559-616.

⁵⁶⁵ Los acreedores que se adhieran antes de la presentación de la PAC al juez del concurso no disponen, sin embargo, de esta certidumbre en el momento de adherirse,

Siendo la presentación de la PAC el momento procesal adecuado para solicitar la autorización del juez, y a la luz de las observaciones que hemos realizado sobre cuáles deberían ser las facultades del juez en un procedimiento concursal, aparecen dudas sobre la consistencia de la facultad atribuida al juez para autorizar aquel contenido así como sobre la ya criticada existencia de límites a las quitas y esperas con las finalidades de la PAC. Antes de exponer estas dudas, debemos determinar el fundamento de aquella facultad y para ello resulta oportuno recuperar las consideraciones realizadas alrededor de la norma que impone límites a las quitas y esperas. Como hemos apuntado con anterioridad⁵⁶⁶, los límites impuestos a las quitas y las esperas parecían responder a la voluntad por parte del legislador de fijar unos parámetros dentro de los cuales permitir a las partes acordar la conservación de la empresa y fuera de ellos proceder a la liquidación del patrimonio del deudor, si bien, siendo el fin último que persigue el legislador con aquella norma el de conservar sólo las empresas viables económicamente y liquidar las inviables, los límites a las quitas y esperas deberían venir impuestos por la propia viabilidad de la empresa concursada y no por unos criterios apriorísticos fijados convencionalmente por el legislador. Por ello rechazábamos por inconsistentes con las finalidades de la PAC y con la función del concurso la imposición de aquellos límites y apostábamos porque fuera la propia viabilidad de la empresa y del cumplimiento del convenio la que determinara los límites a las quitas y esperas.

pero por el contrario pueden disponer de otra información sobre el patrimonio del deudor que les lleve a adherirse a pesar de no haberse concedido aquella autorización.

⁵⁶⁶ Vid. *supra*, págs.213-219.

Por consiguiente, la autorización que el juez puede conceder para superar los límites a las quitas y esperas debería venir justificada precisamente por aquella viabilidad, de manera que el juez debería autorizar la superación de los límites cuando, a pesar de que la PAC contemple unas quitas y esperas superiores a la mitad del importe de cada crédito y a los cinco años respectivamente, las ventajas que se esperan obtener de la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado en los términos previstos en aquella propuesta sirvan para proporcionar una mayor satisfacción a los acreedores que la que se obtendría por la vía de otra propuesta de convenio con un contenido diverso o por la vía de la liquidación⁵⁶⁷.

Determinado el fundamento de la autorización, estamos en disposición de exponer las inconsistencias que la autorización nos plantea. En primer lugar, la decisión de autorizar la superación de los límites consiste en un control por parte del juez sobre la viabilidad de la PAC, decisión que por tanto no tiene que ver con el control de legalidad que debe ejercer el juez a lo largo del concurso, sino más bien con el de oportunidad que corresponde a la administración concursal. Esta constatación evidencia ya una primera inconsistencia con las facultades que deberían asignarse a un juez en un procedimiento concursal por servir de mejor manera al cumplimiento de la función del concurso. Pero además, y en segundo lugar, nos hemos de plantear en base a qué información

⁵⁶⁷ Recordemos que las consideraciones sobre los límites de la quita y la espera y la excepción a dichos límites en el caso de la propuesta ordinaria de convenio son diversas a las expuestas en relación a la PAC, pues la excepción a los límites se vincula en aquel caso a la afectación de una empresa con trascendencia económica, con lo que aquella autorización se basa en razones de interés público, a diferencia de lo que sucede con la PAC.

decide el juez si la incorporación de aquellas quitas o esperas permite la viabilidad de la empresa y por ello satisface en mayor medida que otras soluciones el interés de los acreedores y por tanto queda justificado conceder la autorización solicitada o no. Y es que en el momento de resolver sobre la autorización solicitada por el deudor⁵⁶⁸, aún no se han emitido ni el informe de la administración concursal (art.74 LC) ni la evaluación de la PAC (art.107 LC) y el juez no dispone de más información que la que presente el deudor en los documentos que deben acompañar su solicitud de declaración de concurso⁵⁶⁹. Teniendo esto en cuenta, la autorización que pueda conceder el juez difícilmente puede constituir un verdadero control de oportunidad de la PAC ni un mecanismo de información para los acreedores sobre la viabilidad de la PAC como pretende ser. La autorización del juez de la superación de los límites en esas condiciones no ofrece mayor información ni garantía a los acreedores sobre el contenido del convenio que una propuesta de convenio no sometida a los límites del art.100 LC. Al contrario, aumenta los costes de tramitación de la PAC, puesto que, de presentar el deudor, junto con la PAC, la solicitud de autorización de los límites, el juez precisará de más tiempo y se generarán más costes procedimentales para decidir sobre la admisión a trámite de la PAC, un

⁵⁶⁸ Teniendo en cuenta que una vez presentada la solicitud las partes disponen de un plazo de entre tres y diez días para presentar alegaciones y el juez debe resolver en un plazo de cinco días desde el último vencimiento, la decisión del juez sobre la autorización de la superación de los límites tiene lugar entre ocho y quince días después de la presentación de la PAC, que puede tener lugar, como veremos seguidamente, con la misma solicitud de declaración de concurso y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art.104 LC).

⁵⁶⁹ Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 104”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU y Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios...*, págs.1059-1065. Según el autor, el juez debe tomar en este momento una decisión de gran relevancia usando sólo de sus conocimientos, puesto que todavía no se ha emitido el informe de la administración concursal, lo que le lleva a hablar de la judicialización del concurso.

aumento de los costes de tramitación de la PAC que, sin embargo, no conlleva más información sobre la viabilidad de la PAC para los acreedores, que son los que, en cualquier caso, han de decidir, en función de la evaluación que haga la administración concursal, si las quitas y esperas que superen los límites satisfacen sus intereses. Es por ello que en nuestra opinión tanto el establecimiento de los límites como la posibilidad que el juez pueda autorizar superarlos sin disponer de toda la información relevante sobre el patrimonio del deudor son previsiones inconsistentes con las finalidades de la PAC.

Además de los requisitos de forma, documentales y de contenido enunciados, la LC impone el cumplimiento de unas condiciones subjetivas que otorgan a la legitimación para presentar la PAC un carácter más restringido que en el caso de la propuesta ordinaria de convenio: únicamente el deudor que no haya solicitado la liquidación y que no incurra en ninguna de las prohibiciones previstas en el art.105 LC puede presentar la PAC. Mientras que la existencia de una solicitud de liquidación impide presentar cualquier tipo de propuesta de convenio, al entenderse como soluciones excluyentes para resolver sus problemas de solvencia⁵⁷⁰, la exclusión de los acreedores del ámbito de

⁵⁷⁰ Si bien se ha planteado en la doctrina la posibilidad de entender la presentación de una propuesta de convenio después de haber solicitado la liquidación como una renuncia tácita a ésta, la idea es descartada no sólo por su inverosimilitud sino por la incertidumbre sobre el estado del procedimiento concursal que supondría para los acreedores el hecho de admitirla. Vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 104”, *op.cit.*, pág.801-806.

En sentido contrario, vid. AJM núm.1 de Madrid de 16 de marzo de 2006, en la que la entidad concursada, a pesar de haber manifestado con su solicitud de declaración de concurso su opción por la liquidación de la empresa, presentó con posterioridad escrito al juzgado en el cual ponía en su conocimiento que había decidido desistir de la inicial solicitud de liquidación y dirigir a los acreedores una propuesta de convenio. El juzgado concluye, en base al principio *favor convenii*, que es posible la presentación de la

legitimación para presentar la PAC no es compartida por la propuesta ordinaria, que puede ser presentada por acreedores que reúnan créditos que superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del pasivo (art.113 LC).

El hecho de que los acreedores no estén legitimados para presentar la PAC se explica por la situación material en que aquella está destinada a desarrollar todas sus finalidades, en especial la de anticipar la declaración de concurso. Esta situación es la de insolvencia inminente, en que el deudor aún no ha incurrido en hechos que manifiesten una situación de insolvencia y a partir de los cuales los acreedores pueden solicitar la declaración de concurso. En estos casos, pues, los acreedores en general desconocen la realidad económica y financiera del deudor y sólo el deudor está en condiciones de anticiparse en la solicitud de declaración de concurso. Sin embargo, esta exclusión no indica que los acreedores sean ajenos a la propuesta presentada⁵⁷¹. Esta afirmación se basa en el presupuesto de admisibilidad que el art.106 LC impone en la presentación de la PAC y que ya fue analizado en el capítulo anterior en el sentido de constatar que se erige en un elemento clave para la naturaleza híbrida de la PAC al obligar al deudor a negociar el contenido de la PAC con alguno o algunos de sus acreedores antes de iniciar el concurso y presentar la PAC ante el juez del concurso⁵⁷²: esta ha de ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier

propuesta por parte del concursado aunque previamente hubiera manifestado su opción por la liquidación (Fundamento de Derecho Primero).

⁵⁷¹ Vid., Juan Manuel FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Comentario al artículo 104”, en en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Ángel (coord.), *Proceso concursal práctico, op.cit.*, págs. 537-540.

⁵⁷² Vid. *supra*, págs.287-295.

clase, prestadas según la forma establecida en la LC, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor o, si la PAC se presenta con la propia solicitud de concurso voluntario, basta con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo.

No ha contemplado el legislador la situación en que la PAC se presente no sólo con adhesiones que superen la quinta o décima parte del pasivo presentado por el deudor sino con las adhesiones suficientes para alcanzar la mayoría legal exigida para considerarla aceptada, como sí han hecho otros ordenamientos jurídicos, según analizamos en el primer capítulo de este trabajo. No es una situación inverosímil y es oportuno plantearse si convendría darle un tratamiento procesal especial a dicha situación, que ciertamente supondría un paso más hacia la desjudicialización del procedimiento concursal y resultaría plenamente consistente con las finalidades de la PAC, puesto que permitiría prescindir de la fase de aceptación durante el concurso pero sin renunciar a los controles de legalidad y oportunidad que prevé la LC para el resto de propuestas de convenio. Así, después de ser admitida a trámite y ser evaluada por la administración concursal, y una vez emitido el informe de la administración concursal, se podría proceder, sin habilitar ningún plazo de adhesión a la PAC, directamente a la verificación de las adhesiones, y a su aprobación, siempre y cuando no se alegaran causas de oposición o fuera rechazada de oficio por el juez del concurso.

Finalmente, la PAC debe presentarse en el plazo previsto al efecto (art.104 LC). Es precisamente la posibilidad de ser presentada anticipadamente respecto a la

propuesta ordinaria de convenio, en un momento procesal no específicamente destinado a tratar del convenio, uno de sus rasgos esenciales, junto a la posibilidad no sólo de ser presentada sino también de ser aceptada y ser aprobada durante la fase común del concurso⁵⁷³. Así, mientras la propuesta ordinaria de convenio puede ser presentada por el deudor transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos si no hay impugnaciones, o por los acreedores desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de su celebración si la presentan los acreedores (art.113 LC), la PAC puede ser presentada con la misma solicitud de declaración del concurso si es el deudor el que solicita la declaración de concurso o bien, en caso de concurso necesario, a partir de la declaración de concurso⁵⁷⁴. En ambos casos se

⁵⁷³ La tramitación de la PAC se desarrolla a lo largo de la fase común y esta circunstancia ha dado pie a que algún autor llegue a hablar de superposición de fases, aunque la PAC no constituya propiamente una fase del concurso. Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio...*, *op.cit.*, pág.12.

⁵⁷⁴ La doctrina se ha preguntado qué sucede con la PAC presentada por el deudor con la solicitud de concurso, si el concurso solicitado por el deudor se acaba considerando necesario por aplicación del art.22.2 LC. Es decir, se trata de un supuesto en que la PAC se presenta antes de plazo. A favor de mantener su tramitación se expresa José María FERNÁNDEZ SEIJÓ, “Comentario al artículo 104”, en José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS y Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1237-1239.

Con todo, por la configuración que el legislador ha dado a la PAC, es poco probable que una PAC presentada en caso de concurso necesario pueda cumplir con todas sus finalidades. Si ha sido el acreedor quien ha solicitado el concurso, la situación de insolvencia del deudor será no inminente sino actual pues ya habrá habido signos externos. Ahora bien, a pesar de que en estos casos la PAC no habrá podido cumplir la finalidad de anticipar la declaración de concurso al no haber sido incentivo positivo para que el deudor solicitara la declaración de concurso en un momento anterior a la insolvencia actual evitando así el deterioro del patrimonio del deudor, puede igualmente reducir el tiempo de la tramitación y en definitiva los costes del

puede presentar la PAC hasta la finalización del plazo de un mes del que disponen los acreedores a partir de la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso para comunicar sus créditos (art.21.1.5 LC, por remisión del art.85.1 LC), tiempo suficiente para presentar un acuerdo que debe estar ya negociado y al menos parcialmente pactado antes de la declaración concurso⁵⁷⁵.

2. La admisión a trámite de la PAC

Una vez presentada la PAC, el juez ha de decidir sobre su admisión a trámite. En este momento, el juez procede a realizar un control de legalidad sobre la PAC presentada, comprobando que se cumpla el conjunto de requisitos que acabamos de ver y de no ser así rechazando su admisión a trámite⁵⁷⁶.

En efecto, el incumplimiento de alguno de los requisitos de la presentación se convierte en causa de inadmisión a trámite de la PAC y el juez debe rechazar la admisión a trámite de la PAC en caso de no cumplir con los requisitos de tiempo, forma, documentación y contenido, así como no reunir la adhesión de acreedores exigida o incurrir en la alguna prohibición del art.105 LC. Con todo,

procedimiento. Así lo entiende el legislador cuando, a través del art.5 bis LC, el deudor puede iniciar negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a la PAC estando en situación de insolvencia actual. Por lo que debe considerarse positivo que el legislador admita igualmente la posibilidad de presentar la PAC en caso de concurso necesario.

⁵⁷⁵ Vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 104”, *op.cit.*, págs.801-806.

⁵⁷⁶ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “La intervención judicial..”, *op.cit.*, págs.213-215.

el art.106 LC, que recoge las causas de inadmisión a trámite de la PAC, contempla como causas de dicha inadmisión únicamente no reunir el pasivo legalmente exigido, incurrir en alguna prohibición del art.105 LC e infringir las normas sobre el contenido de la PAC, sin hacer mención del resto de requisitos exigidos en la presentación de la PAC (esto es, requisitos formales y temporales). Por el contrario, si acudimos al art.114.1 LC, que regula la admisión a trámite de la propuesta ordinaria de convenio, establece que el juez debe admitir a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la ley. Se constata, pues, que el art.106 LC no menciona, como sí hace el art.114 LC, el tiempo y la forma de la PAC como causas de inadmisión pero es obvio que son requisitos que debe cumplir cualquier propuesta, por lo que debe aplicarse el art.114.1 LC analógicamente al supuesto de la PAC al existir identidad de razón entre ambos supuestos (art.4.1 Cc) y entenderse como régimen general a toda propuesta de convenio, siendo las causas de inadmisión del art.106 las específicas de la PAC. Por otro lado, no menciona ninguno de ellos los requisitos documentales, pero es claro que también son requisitos que debe cumplir cualquier propuesta de convenio en el momento de su presentación y por ello también debe incluirse en las causas de inadmisión, tanto de la PAC como de la propuesta ordinaria, el incumplimiento de dichos requisitos.

Ahora bien, el párrafo 2 del art.106 LC prevé la posibilidad de que el juez aprecie algún defecto susceptible de subsanación y conceda un plazo al deudor para subsanarlo, sin precisar qué tipos de defectos son subsanables. La distinción entre ambos tipos de defectos es relevante por las consecuencias que

acarrear unos y otros: si se trata de defectos que pueden subsanarse, el juez debe conceder un plazo de subsanación al deudor, mientras que los defectos no subsanables determinan directamente la inadmisión a trámite de la PAC, en cuyo caso la fase común sigue su curso normal. A falta de previsión expresa en la LC sobre esta cuestión, resulta de aplicación al respecto el art.11.3 LOPJ, en virtud del cual los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deben resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo pueden desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes, y que ha venido siendo interpretado por el TC⁵⁷⁷ en el sentido de no imponer formalismos contrarios al espíritu y finalidad de la norma así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de manera que ha de estarse a la naturaleza del defecto y a la posibilidad de subsanarse, para alcanzar la interpretación más razonable a la prosecución del proceso⁵⁷⁸. La adopción de este criterio permite conciliar las normas sobre la admisión a trámite de la PAC con la finalidad de promocionar el convenio como solución al concurso, puesto que restringe los motivos por los cuales aquella puede ser inadmitida.

⁵⁷⁷ Vid., SSTC de 4 de mayo de 1990, de 2 de abril de 1990, y de 20 de diciembre de 1990.

⁵⁷⁸ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, *ibidem*.

2.1. Causas de inadmisión por defectos no subsanables

Debemos entender, en atención al criterio anteriormente expuesto, como causas de inadmisión de la PAC por defectos no subsanables aquellas relativas al incumplimiento del plazo de presentación, a la infracción de la adhesión de la quinta o décima parte del pasivo presentado por el deudor, a la incursión en alguna de las prohibiciones del art.105 LC y al incumplimiento de las normas del contenido de la PAC, puesto que la falta de esos requisitos desnaturaliza la propia figura de la PAC y sus finalidades.

En primer lugar, es causa de inadmisión por defecto no subsanable la presentación fuera del plazo previsto expresamente al efecto. La PAC ha de ser presentada oportuna y tempestivamente, esto es desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. Transcurrido este plazo, el deudor pierde la oportunidad de presentar la PAC (arg. *ex* art.136 LEC), si bien aún tiene la posibilidad de presentar propuesta ordinaria de convenio.

En segundo lugar, es causa de inadmisión por defecto no subsanable la insuficiencia del pasivo exigido en las adhesiones presentadas. En el momento de admitirse a trámite la PAC, la administración concursal aún no ha elaborado el texto definitivo de la lista de acreedores, donde se contiene, entre otras menciones, la relación de los acreedores incluidos, la cuantía de sus créditos y su calificación jurídica (art.94 LC), por lo que el juez, para comprobar que el pasivo que representan las adhesiones que acompañan a la PAC alcanza la

quinta o décima parte exigida y que por tanto la PAC presentada no incurre en la causa de inadmisión analizada, únicamente dispone de la documentación que el deudor debe aportar en el momento de solicitar la declaración de concurso, en caso de concurso voluntario (art.6 LC), o bien en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto de declaración de concurso requiriéndole para que la presente (art.21.1.3 LC), en caso de concurso necesario⁵⁷⁹. En concreto, el juez dispone de la lista de acreedores exigida en el art.6.2.4º LC, que debe contener la relación de acreedores por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, su domicilio y dirección electrónica, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías constituidas, y, finalmente, de la existencia de reclamación judicial del pago del crédito, con la identificación del procedimiento y estado de las actuaciones.

Las adhesiones que deben acompañar a la PAC, además de alcanzar el pasivo exigido, y a pesar de haber sido obtenidas antes de iniciarse el concurso, han de cumplir igualmente los requisitos ya analizados⁵⁸⁰ y exigidos por el art.103 LC: han de ser adhesiones puras y simples, efectuadas mediante instrumento público, sin introducir modificaciones ni condiciones, que expresen la cuantía y clase del crédito o créditos de que sea titular el acreedor. Con todo, la existencia de una infracción en alguno de los requisitos de las adhesiones no comporta

⁵⁷⁹ Acabamos de ver como en caso de concurso necesario, el deudor puede presentar la PAC desde la fecha del auto de declaración de concurso. Es posible, pues, que el deudor presente la PAC antes de presentar la documentación del art.6 LC en el plazo exigido por el art.21.1.3º LC, sin embargo hasta que el juez no reciba dicha documentación no puede proceder al control del requisito relativo al pasivo que representan las adhesiones que acompañan a la PAC.

⁵⁸⁰ Vid. *supra*, págs.340-353.

directamente la incursión en una causa de inadmisión de la PAC, sino que el factor determinante para la inadmisión es que la invalidez de la adhesión en cuestión lleve a una insuficiencia del pasivo adherido. Por lo tanto, esta causa de inadmisión acoge tanto supuestos en que ya inicialmente no hay suficientes adhesiones para alcanzar la quinta o décima parte del pasivo como supuestos de infracciones en la forma de las adhesiones o directamente supuestos de acreedores falsos o con créditos de cantidades inexactas que supongan su invalidez y no permitan alcanzar la proporción del pasivo exigida. Así, por ejemplo, cuando la adhesión no es pura y simple, se tiene al acreedor por no adherido, según lo previsto en el art.103.2 LC, pero esta circunstancia no impide la admisión a trámite de la PAC si a pesar de ella se mantiene el porcentaje de pasivo exigido⁵⁸¹. Este tratamiento jurídico de la causa de inadmisión de la PAC relativa a las adhesiones de los acreedores, que favorece la conclusión del convenio y reduce los costes del concurso al evitar el inicio de un nuevo proceso negociador para presentar una nueva propuesta de convenio, se debe a la particular naturaleza del convenio concursal, un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, resultado de la suma de voluntades del conjunto de acreedores. En este tipo de negocios jurídicos, con una pluralidad de sujetos participantes, la existencia de un vicio en una de las voluntades que concurran en el acuerdo no supone la anulabilidad del negocio jurídico sino la de la concreta voluntad afectada por el vicio, salvo que dicha participación sea esencial para la consecución del fin

⁵⁸¹ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, *ibidem*.

propuesto y conlleve la anulabilidad de todo el contrato⁵⁸². Así, pues, los defectos o vicios en algunas de las adhesiones que acompañan a la PAC en el momento de la presentación ante el juez del concurso no afectan a la validez y eficacia del resto de adhesiones y, por tanto, si estas otras alcanzan el pasivo exigido en la presentación de la PAC, ésta cumple con el requisito de admisión a trámite exigido por el art.106.1 LC.

En tercer lugar, la incursión en alguna de las prohibiciones del art.105 LC también constituye causa de inadmisión por defecto no subsanable. De los dos supuestos que constituyen una prohibición para presentar la PAC, sólo el incumplimiento de la obligación de depósito de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios puede ser conocido por el juez en el mismo momento de la admisión a trámite. En cambio, el haber sido condenado en sentencia firme por alguno de los delitos previstos en el art.105.1.1º LC difícilmente llega a conocimiento del juez en este momento del proceso y lo más frecuente será que esta prohibición opere *a posteriori*. En el caso de haber sido condenado por los delitos previstos el administrador o liquidador del deudor persona jurídica, incluso va a resultar una tarea difícil para el propio deudor asegurar la inexistencia de dicha prohibición. Por ello, se plantea un problema de prueba de las prohibiciones que más adelante tratamos. Algún sector de la doctrina ha propuesto la declaración del deudor asegurando no incurrir en ninguna de las

⁵⁸² Vid. Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, pág.168.

prohibiciones del art.105 LC como prueba suficiente en ese momento para que el juez descarte la existencia de tal prohibición⁵⁸³.

Por último, es causa de inadmisión por defecto no subsanable la infracción del régimen del contenido de la propuesta. El art.100 LC es el precepto que contiene el núcleo principal de la regulación sobre el contenido de la propuesta de convenio, si bien otros artículos de la LC también regulan aspectos en esta materia. Así, los arts. 99 (compromisos de pagos a cargo de terceros), 101 (propuestas condicionadas), 102 (propuestas con contenidos alternativos), 125 (inclusión de nuevas obligaciones o trato singular a algunos acreedores) y 137 LC (medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración del deudor). De esta manera, la inadmisión de la PAC por esta causa puede obedecer a situaciones diversas, desde la previsión de una quita superior al cincuenta por ciento sin que el juez la autorice hasta la presentación de una propuesta sometida a condición. Con todo, como veremos seguidamente, no todas las infracciones que afecten a alguno de los preceptos mencionados deben considerarse insubsanables.

2.2. Causas de inadmisión por defectos subsanables

Aunque no es opinión compartida por toda la doctrina, a nuestro parecer no debe equipararse la infracción del régimen del contenido de la PAC a la concurrencia de una causa de inadmisión por defectos insubsanables, puesto

⁵⁸³ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “La intervención judicial...”, *op.cit.*, pág.216.

que el régimen del contenido de la PAC contiene requisitos que por su naturaleza pueden ser subsanados⁵⁸⁴.

De manera que podemos incluir dentro de las causas de inadmisión por defectos subsanables en primer lugar los requisitos formales, previstos en el art.99 LC, y los documentales. Así, la falta de alguna de las firmas exigidas por el art.99 LC, de la acreditación de los representantes, o de la conformidad de los acreedores que asuman nuevas obligaciones en la propuesta de convenio. O la no aportación del plan de pagos o del plan de viabilidad⁵⁸⁵. Y en segundo lugar aquellos relativos al contenido del convenio que puedan subsanarse, como pueden ser la omisión en una PAC con contenidos alternativos de la prestación que haya de ejecutarse en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección; o la falta de acreditación de haber oído a los representantes legales de los trabajadores, siempre y cuando hayan sido oídos efectivamente⁵⁸⁶; o, en fin, la existencia de algún error en la cuantía o clasificación de créditos.

⁵⁸⁴ Se muestra a favor de permitir subsanar aquellos requisitos relativos al contenido que por su naturaleza puedan serlo, Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 106”, *op.cit.*, págs.821-822. En cambio, se posiciona en contra de esta posibilidad Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 106”, *op.cit.*, págs.1079-1080.

⁵⁸⁵ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “La intervención...”, *op.cit.*, págs.215-216. También la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, considerando la falta de aportación del plan de pagos o del plan de viabilidad como una causa de inadmisión subsanable. En este sentido, vid. AJM núm.4 de Barcelona de 26 de enero de 2009.

⁵⁸⁶ Vid., Ángel Vicente ILLESCAS RUS, “Comentario al artículo 114”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, *op.cit.*, págs.576-581.

2.2.1. Prueba de las prohibiciones del art.105 LC

El juez del concurso puede constatar el cumplimiento de la mayoría de los requisitos exigibles para la admisión a trámite de la PAC en el mismo momento de la presentación. Examinando la documentación aportada por el deudor, en el momento de solicitar la declaración de concurso o dentro de los diez días posteriores a la notificación del auto de declaración de concurso, según si el concurso es voluntario o necesario, y el propio texto de la PAC así como los documentos que deben acompañarla, el juez puede comprobar si existe alguna causa de inadmisión relativa a los requisitos formales y de contenido de la PAC, a la documentación que debe acompañarla, al plazo de presentación, a la adhesión de la quinta o décima parte del pasivo presentado por el deudor y a la inexistencia de solicitud de la liquidación. No sucede, en cambio, lo mismo con la causa de inadmisión consistente en la incursión en alguna de las prohibiciones del art.105 LC.

Respecto a la prohibición del art.105.1.2º LC, esto es al incumplimiento en alguno de los tres últimos ejercicios de la obligación de depósito de las cuentas anuales, la LC obliga al deudor a acompañar la solicitud de declaración de concurso con las cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios (art.6.3.1º LC), entre otra documentación, pero nada se dice sobre la presentación, con la PAC, de copia del correspondiente asiento en el RM relativo al depósito de las cuentas anuales. Por ello, y a falta de semejante previsión legal, debe ser el juez quien compruebe si se ha practicado el asiento correspondiente en el Libro de depósito de cuentas y en la hoja abierta a la sociedad en el RM referente al

depósito de las cuentas anuales (art.368 RRM), mediante mandamiento dirigido al registrador correspondiente (art.149.5 LEC).

Respecto a la segunda prohibición del art.105 LC, consistente en la condena por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, la LC exige que se aporte sentencia firme condenatoria para probar la concurrencia en el deudor de dicha prohibición, pero es claro que el deudor no aportará prueba alguna al respecto. En primer lugar porque si ha optado por la vía de la PAC es que quiere dar una rápida solución a su situación de insolvencia y obviará cualquier incidente que dificulte la consecución anticipada de un convenio con los acreedores. Si sabe de la existencia de alguna prohibición, o bien no presentará la PAC o bien no la pondrá en conocimiento del juez. Y en el caso de deudor persona jurídica, que incurre en la prohibición si es condenado a alguno de los delitos mencionados alguno de sus administradores o liquidadores o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la PAC y que ya no lo son, los administradores actuales del deudor y que presenten la PAC pueden desconocer tal circunstancia si la prohibición recae sobre los administradores anteriores. Por su parte, el juez, en el momento de presentación de la PAC, desconoce si el deudor incurre en esa prohibición. Todo apunta, pues, a que será la administración concursal, ya sea por propia iniciativa o a petición de los acreedores, la que haga saber al juez del concurso la incursión del deudor en la prohibición. No se ha de olvidar, con todo, la intervención del Ministerio Fiscal, que puede facilitar el acceso a dicha información, en virtud de lo previsto en el

art.4 LC, según el cual cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal debe instar del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor.

2.2.2. Constatación de las prohibiciones con posterioridad a la admisión a trámite y audiencia al deudor

Al margen de esta posible intervención del Ministerio Fiscal, es patente la dificultad para que el juez conozca la existencia o inexistencia de la prohibición del art.105.1.1º LC⁵⁸⁷ en el momento de proceder a la admisión a trámite de la PAC. Así, puede acontecer fácilmente que en el momento de presentar la PAC exista la prohibición pero llegue a conocimiento del juez una vez ya ha sido admitida a trámite la PAC. O bien que el deudor incurra en la prohibición con posterioridad a la admisión a trámite. Ese sería el caso si la sentencia de un delito deviene firme con posterioridad a la admisión a trámite. Con lo cual el juez, hasta que los administradores concursales o cualquier parte interesada en el concurso no detecten la existencia de prohibiciones en sus actuaciones, desconocerá la existencia de las prohibiciones y ya habrá pasado el momento

⁵⁸⁷ Nos centramos en este apartado en la prohibición consistente en la condena por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores prevista en el art.105.1.1º LC, puesto que la existencia de la prohibición relativa al incumplimiento del deber de depósito de las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios, como acabamos de ver, se puede comprobar en el momento de admitir a trámite la PAC y por lo tanto no plantea las dificultades de prueba y constatación posterior a la admisión a trámite de la PAC que sí plantea la primera.

procesal de admisión a trámite de la PAC. A esta situación trata de dar respuesta el art.105.2 LC, según el cual si una vez admitida a trámite la PAC el concursado incurre en una causa de prohibición o se comprueba que con anterioridad había incurrido en una, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y después de escuchar al deudor declara sin efecto la propuesta y pone fin a su tramitación⁵⁸⁸.

Así, si la prohibición aparece o es conocida en el momento de decidir sobre la admisión a trámite de la PAC, el juez debe inadmitir a trámite la PAC. Y si la prohibición aparece o es conocida con posterioridad a la admisión a trámite pero antes de que haya finalizado la tramitación de la PAC, el juez ha de poner fin a su tramitación después de oír al deudor. La LC, como constatamos, contempla la situación en que la prohibición es detectada después de la admisión a trámite, antes de que finalice su tramitación. Por el contrario, la LC no contempla qué sucede si el deudor incurre en alguna de las prohibiciones del art.105 LC y esta circunstancia no llega a conocimiento del juez en ningún momento durante la tramitación de la PAC. E incluso llegue a desplegar su

⁵⁸⁸ Algún autor se plantea si el juez debe también declarar sin efecto la admisión a trámite de la PAC si se constatare posteriormente que las adhesiones de acreedores que la acompañan no superan la quinta o décima parte del pasivo presentado por el deudor. En este sentido, vid. Eduardo GALÁN CORONA, “El convenio anticipado”, *op.cit.*, pág.345. Sin embargo, es esta una cuestión que plantea una problemática distinta a la aquí tratada puesto que sobre las adhesiones, así como sobre el resto de requisitos formales y de contenido de la PAC, vuelve a haber un control de legalidad en el momento de aprobación de la PAC, además de erigirse los posibles vicios en las adhesiones en causa de anulabilidad del convenio ya aprobado. En cambio, la aparición de una prohibición con posterioridad a la admisión a trámite no está prevista como una causa de oposición o de nulidad, sino únicamente como causa de inadmisión a trámite. Por ello, en este apartado dirigimos nuestra atención únicamente a la constatación de las prohibiciones con posterioridad a la admisión a trámite y dejamos para el apartado relativo a la aprobación judicial de la PAC el análisis de la constatación de los otros defectos con posterioridad a la admisión a trámite.

eficacia una PAC existiendo alguna de las causas de prohibición del art.105 LC. No hay acuerdo sobre la solución a esta cuestión en la doctrina, que se ha pronunciado en sentidos diversos. Por un lado, algún sector de la doctrina afirma que si estas prohibiciones no son conocidas antes de la aprobación del convenio, pueden operar con posterioridad como causas de nulidad⁵⁸⁹. Por otro lado, un posicionamiento doctrinal contrario defiende que considerarlas como causa de nulidad resultaría una solución extrema, en la medida en que de una PAC aceptada por los acreedores, aprobada por el juez y que ya ha iniciado su eficacia, aunque con la existencia de alguna prohibición, se pasaría a la apertura de la fase de liquidación del patrimonio del deudor (art.143 LC)⁵⁹⁰. Por ello, considera que no pueden ser alegadas en ningún caso como causa de nulidad del convenio ni cabe llevar sus efectos más allá de la aprobación judicial de la PAC⁵⁹¹. Así, para este sector doctrinal la existencia de una prohibición no cabría entenderse como una causa de nulidad del convenio ni siquiera como causa oposición a la aprobación, pues no es una causa de oposición al convenio expresamente contemplada en el art.128.1 LC, sino que la aprobación judicial produciría un efecto sanatorio en cuanto a la eficacia impeditiva de las prohibiciones no apreciadas hasta ese momento⁵⁹².

⁵⁸⁹ A favor de esta posibilidad, vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio...*, *op.cit.*, págs.74-75.

⁵⁹⁰ Vid., José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio...*, *op.cit.*, pág.78.

⁵⁹¹ En este sentido, vid. Marcos SACRISTÁN REPRESA, “Comentario al artículo 105”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, vol.III, *op.cit.*, págs.2217-2223.

⁵⁹² Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 105”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU y Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs. 1066-1075.

De acuerdo con la perspectiva metodológica adoptada en este trabajo, la solución a esta cuestión no prevista por la LC, es decir cuáles son las consecuencias de la constatación de una prohibición con posterioridad a la tramitación de la PAC, debe permitir a la PAC cumplir sus finalidades pero sin vaciar de significado el art.105 LC ni impedir la eficacia de las prohibiciones previstas en él. Por ello, aquella solución la debe proporcionar la propia función de las prohibiciones. En el Capítulo anterior⁵⁹³, concluimos que las prohibiciones se erigían en un mecanismo para dotar a la PAC de las suficientes garantías que permitiesen a los acreedores adherirse a la PAC sin disponer aún de la información sobre el inventario de la masa activa y la lista de acreedores ni sobre la evaluación de la PAC, evitando de este modo que la reducción de tiempo que la PAC consigue mediante su tramitación a lo largo de la fase común y la posible eliminación de la fase de convenio comportase una merma en las garantías de información que el procedimiento concursal debe proporcionar a los acreedores, información que sí se proporciona en la tramitación de la propuesta ordinaria de convenio. Por lo tanto, la función de las prohibiciones del art.105 LC se despliega únicamente a lo largo del procedimiento concursal, y más concretamente, hasta el momento en que los acreedores ya disponen de toda la información relevante sobre el patrimonio del deudor y que ellos toman en cuenta para decidir si adherirse o no a la PAC. A partir del momento en que los acreedores disponen de los textos definitivos de la lista de acreedores, el informe de la administración y la evaluación sobre la PAC, la función de las prohibiciones finaliza, puesto que la información relevante para aquellos no es

⁵⁹³ Vid. *supra*, págs.299-307.

la que revela la prohibición sino la elaborada por la administración concursal en relación con el patrimonio del deudor y la viabilidad de la PAC. Por todo ello, la aparición o la constatación de la existencia de una prohibición con posterioridad a aquel momento no aporta ya a los acreedores ninguna información relevante que pueda influir sobre su decisión de aceptar la PAC y por tanto no debería impedir la eficacia de una PAC aceptada por los acreedores y aprobada por el juez del concurso, ya que de lo contrario se estaría atribuyendo a las prohibiciones una función distinta de la que les es propia y a su vez impidiendo la persecución de las finalidades de la PAC.

Por las razones que acabamos de exponer también resultaría consistente con la función de las prohibiciones limitar en el tiempo el deber del juez de dejar sin efecto la PAC y poner fin a su tramitación si la prohibición es conocida con posterioridad a la admisión a trámite de la PAC previsto en el art.105.2 LC, precepto que nada indica sobre el momento hasta el cual el juez ha de dar cumplimiento a aquel deber. A nuestro parecer, y atendiendo a la función de las prohibiciones y las finalidades de la PAC, el juez sólo debería dejar sin efecto la PAC y poner fin a su tramitación con posterioridad a la admisión a trámite hasta el momento en que la información relevante para los acreedores sobre el patrimonio del deudor y la viabilidad de la PAC les sea accesible, esto es hasta el momento de la comunicación de la evaluación de la PAC (art.107 LC) y del informe e inventario (arts.95-97 LC).

Otra cuestión que suscita nuestro interés y ante la que debemos deternos es la relativa a la obligación impuesta por el art.105.2 LC de oír al deudor antes de

poner fin a la tramitación de la PAC una vez la PAC es admitida a trámite y llega a conocimiento del juez la existencia de una prohibición. Y es que esta obligación de audiencia al deudor impuesta expresamente por el art.105.2 LC no se reconoce ni en la resolución sobre la admisión a trámite de la PAC (art.106 LC) ni, como veremos, en el otro momento del procedimiento concursal en que el juez puede dejar sin efecto la admisión de la PAC o la continuación de su tramitación, esto es cuando la evaluación de la administración concursal es desfavorable o contiene reservas, en virtud del art.107.2 LC⁵⁹⁴. Por tanto, sólo en el supuesto de constatación de las prohibiciones con posterioridad a la fase de admisión se prevé la audiencia al deudor. Teniendo en cuenta que el principio de audiencia es una garantía procesal que busca evitar una situación de

⁵⁹⁴ Podría argumentarse que en el caso de que el juez deje sin efecto la admisión de la PAC en base a la evaluación desfavorable o con reservas de la administración concursal existe aún la posibilidad para el deudor de presentar una nueva PAC y por lo tanto no existe motivo para prever la audiencia al deudor. Sin embargo, parece poco probable que el tiempo que quede para agotar el plazo de presentación de la PAC (esto es, hasta la expiración del plazo para comunicar los créditos) sea suficiente para que el deudor pueda redactar una nueva propuesta de convenio y conseguir la adhesión de la quinta o décima parte de los acreedores. En cualquier caso, esta posibilidad de presentar una nueva PAC no existe cuando la prohibición se conoce en el momento de admitir a trámite la PAC, para cuyo caso, acabamos de ver, la LC tampoco prevé la audiencia al deudor.

Por otro lado, el tratamiento procesal diferenciado entre estas diversas resoluciones no se limita a la audiencia del deudor sino que también se extiende a los recursos que se pueden interponer contra los diferentes pronunciamientos judiciales. En este sentido, no dice nada el art.105.2 LC sobre la posibilidad de recurrir el pronunciamiento judicial dejando sin efecto la PAC y poniendo fin a su tramitación, mientras que la LC es explícita a la hora de no aceptar recurso alguno contra el auto que resuelve sobre la admisión a trámite (art.106.4 LC) ni contra el auto que resuelva dejar sin efecto la PAC en caso de evaluación desfavorable o con reservas de la administración (art.107.2 LC), como más adelante comprobaremos. Ante ese silencio del art.105.2 LC se ha entendido que aquel auto por el que se deje sin efecto una PAC ya admitida a trámite por conocerse la existencia de una prohibición está sometido al régimen general de recursos establecido por la LC (art.197.3 LC). En este sentido, vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Convenio anticipado*, *op.cit.*, pág.74. Sin embargo, este tratamiento procesal diferenciado, como seguidamente analizamos en relación a la audiencia al deudor y que también podemos trasladar al régimen de recursos, no nos parece justificado.

indefensión del deudor, en la que sufra una privación o limitación del derecho de defensa, y respetar el derecho a ser oído en todos los actos procesales que afecten a sus derechos e intereses, en el sentido de que tenga la oportunidad de alegar y justificar procesalmente sus derechos e intereses con los elementos de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial⁵⁹⁵, garantizando así el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art.24 CE, la audiencia al deudor exigida por el art.105.2 LC debería poder justificarse en la existencia de una situación de indefensión, de un impedimento del derecho a alegar y a demostrar en el proceso sus intereses, en caso de que el deudor no sea oído.

Es discutible si existe tal indefensión en la situación analizada, aunque parte de la doctrina entiende que en efecto sería contrario a las exigencias constitucionales de la tutela judicial efectiva inadmitir la PAC sin haber dado al deudor la posibilidad de alegar en contra de la existencia del hecho que da lugar a la prohibición⁵⁹⁶. Se entienda o no justificado el trámite de audiencia al deudor, lo que es claro es que no existe una razón que justifique la diferencia de tratamiento procesal entre una prohibición conocida antes de la admisión a trámite y una conocida en un momento posterior, o entre el deber del juez de

⁵⁹⁵ Vid. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1997, págs.266-277.

⁵⁹⁶ Según Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, la necesidad de oír al deudor para acreditar una prohibición viene respaldada por el art.24 CE. Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio.., op.cit.*, págs.40-42. Por su parte, Juan M. FONT SERVERA cree que puede producirse una verdadera indefensión para el deudor si la resolución que recae sobre la admisión a trámite se emite sin audiencia al deudor y sin que quepa recurso alguno sobre ella. Vid., Juan M. FONT, “La propuesta anticipada de convenio”, *op.cit.*, págs.155-156.

dejar sin efecto la tramitación de la PAC por la existencia de una prohibición y la facultad de dejar sin efecto la tramitación de la PAC por una evaluación desfavorable o con reservas de la administración concursal sobre la PAC. Eso ha llevado a considerar que también en caso de que el juez conozca la prohibición antes de admitir a trámite la PAC se ha de dar audiencia al deudor⁵⁹⁷. En efecto, esta interpretación podría mantenerse en la medida en que no existen diferencias entre ambas situaciones de suficiente relevancia como para justificar que en unos casos haya audiencia y en otros no.

En nuestra opinión, no cabe defender la existencia de indefensión del deudor, puesto que no se está afectando su interés en obtener una solución acordada al concurso y no se le está cerrando la puerta a la solución de convenio, sino a una tramitación anticipada de dicha solución, que sólo puede tener lugar cuando el deudor reúna determinadas condiciones. El deudor que no las reúna y por consiguiente no pueda presentar la PAC puede presentar una propuesta de convenio con el mismo contenido para que los acreedores la acepten en junta o mediante adhesión en la fase de convenio. En este sentido, y al no existir indefensión, la norma que exige la audiencia al deudor aumenta los costes del procedimiento al agregar un trámite procesal al concurso que no aporta ninguna tutela o garantía adicional para el deudor y supone una dilación innecesaria en la tramitación de la PAC, inconsistente con la finalidad de la PAC relativa a la reducción de los costes del concurso. Desde esta perspectiva, la audiencia al deudor no debería ser exigible ni en los supuestos en que llega a conocimiento del juez la existencia de una prohibición una vez la PAC ya ha sido admitida a

⁵⁹⁷ Vid., Eduardo GALÁN CORONA, “El convenio anticipado”, *op.cit.*, pág.345.

trámite, ni tampoco cuando la existencia de la prohibición se conoce con anterioridad a la admisión a trámite de la PAC.

2.3. La resolución judicial sobre la admisión a trámite de la PAC

Una vez presentada la PAC ante el juez del concurso, éste debe resolver sobre su admisión a trámite mediante resolución judicial en forma de auto, que es el mismo auto de declaración del concurso si la PAC se presenta con la solicitud del concurso voluntario o antes del auto de declaración judicial de este, o bien un auto motivado sobre la admisión a trámite emitido dentro de los tres días siguientes al de la presentación de la PAC, en el resto de casos, esto es cuando la PAC se presente con posterioridad a la declaración judicial de concurso (art.106.2 LC)⁵⁹⁸.

En cualquiera de los supuestos, a través del auto de admisión a trámite de la PAC se pone de manifiesto el resultado del control de legalidad llevado a cabo por el juez consistente en el examen del cumplimiento de los requisitos de presentación exigidos a la PAC. En atención al resultado de este control de legalidad, la resolución judicial sobre la admisión a trámite de la PAC puede contener diversos pronunciamientos. En primer lugar, cuando existe alguna causa de inadmisión por defecto insubsanable, el juez inadmite a trámite la PAC y sigue la tramitación de la fase común su curso normal. De ser ese el caso, el deudor puede volver a presentar una PAC dentro del plazo previsto si aún no se

⁵⁹⁸ A diferencia de la resolución sobre la admisión a trámite de la PAC, la relativa a la propuesta ordinaria de convenio reviste forma de providencia y no de auto (art.115 LC).

ha agotado. En segundo lugar, si el juez detecta la existencia de causas de inadmisión por defectos subsanables, lo notifica al concursado concediéndole un plazo de tres días para su subsanación, transcurrido el cual sin que el deudor haya subsanado el defecto detectado el juez inadmite a trámite la PAC, con las consecuencias ya expresadas. Por último, si el juez no detecta ninguna causa de inadmisión de la PAC o subsanada la causa de inadmisión por parte del deudor, debe resolver admitirla a trámite, momento a partir del cual la PAC no puede revocarse ni modificarse (art.114.2 LC).

Como toda resolución judicial, el auto que resuelve sobre la admisión a trámite de la PAC, sea cual sea el resultado del control de legalidad realizado por el juez, debe notificarse a todos los que sean parte en el proceso (art.150 LEC)⁵⁹⁹. Si el auto admite a trámite la PAC, el secretario judicial, además, debe trasladarles el documento de la PAC (art.99.1 LC)⁶⁰⁰. Es especialmente relevante el traslado de la PAC a los administradores concursales, puesto que determina el inicio del plazo máximo de diez días de que disponen para proceder a la evaluación de la

⁵⁹⁹ Cabe recordar que los administradores concursales son reconocidos como parte en el concurso sin necesidad de comparecencia en forma. El FOGASA debe ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores (art.184 LC). Por su parte, los acreedores que quieran ser tenidos como parte en el concurso deben actuar representados por procurador y asistidos de letrado.

⁶⁰⁰ Entendemos que este traslado no debe producirse hasta que no se haya admitido a trámite la propuesta en cuestión, pues una interpretación distinta (vgr., traslado de la PAC después de su presentación, antes de su admisión a trámite) supondría un aumento de los costes del concurso contrario a la finalidad de reducción de costes de la PAC. Así, la PAC presentada puede ser inadmitida a trámite. Si de semejante propuesta ya se hubiese dado traslado a los acreedores para adherirse a la misma, estas adhesiones devendrían ineficaces y los costes que la emisión de estas adhesiones hubiesen generado no harían sino hacer más costoso el procedimiento concursal y perjudicar a los acreedores. Otro tanto sucedería si se da traslado de la propuesta presentada, aún no admitida a trámite, a la administración para que emita su evaluación sobre una propuesta que finalmente resulta inadmitida.

propuesta, en los términos del art.107 LC, y a los acreedores, ya que supone el comienzo del periodo para adherirse a la PAC, tal como prevé el art.108 LC, según el cual desde la admisión a trámite y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor puede manifestar su adhesión a la propuesta con los requisitos y en la forma establecidos.

Contra el pronunciamiento judicial que resuelve sobre la admisión a trámite no se da recurso alguno (art.106.4 LC). Debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la admisión o inadmisión de la PAC se decida en el auto de declaración de concurso. Si bien éste auto en sí es recurrible, en virtud del art.20.2 LC, que permite la interposición de recurso de apelación contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso y de reposición contra los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, debe entenderse que no lo es en base únicamente al pronunciamiento sobre la admisión o inadmisión de la PAC⁶⁰¹. Por tanto no se aplica a la resolución sobre la admisión a trámite de la PAC el régimen general de recursos previsto en el art.197.3 LC, que permite la interposición del recurso de reposición contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso⁶⁰².

⁶⁰¹ Vid. Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 106”, *op.cit.*, págs.816-823.

⁶⁰² La imposibilidad de recurrir el auto que resuelva sobre la admisión a trámite de la PAC se predica tanto del que la estime como del que la desestime. Sin embargo, algún autor cree que contra el auto que inadmitiese a trámite la PAC cabría recurso de reposición. En este sentido, vid. José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal, op.cit.*, pág.83.

Es clara, pues, la voluntad del legislador de hacer irrecurrible el pronunciamiento del juez sobre la admisión a trámite de la PAC, a diferencia de lo que sucede con la providencia de admisión de la propuesta ordinaria, que sí puede ser revisado mediante recurso de reposición, por aplicación del art.197.3 LC y por no excluirse expresamente la posibilidad de recurso. La explicación a este tratamiento diferenciado entre la resolución judicial sobre la admisión a trámite de la PAC y la de la propuesta ordinaria debe atribuirse a la reducción de costes que la tramitación de la PAC persigue, puesto que sin la posibilidad de recurrir en reposición el auto sobre la admisión a trámite de la PAC no sólo se evitan los costes procesales que la interposición del recurso reportaría al concurso, sino que a su vez se dota de mayor rapidez al procedimiento concursal, en la medida en que después de emitida la resolución sobre la inadmisión a trámite, si aún no ha finalizado el plazo para presentar una nueva PAC, el deudor, en vez de destinar su atención a la interposición del recurso contra aquella resolución, puede dedicarla a presentar una nueva PAC a la que los acreedores puedan adherirse de ser admitida a trámite.

V. El control de oportunidad sobre la PAC admitida a trámite: la evaluación de la administración concursal

El examen que el juez del concurso realiza sobre la PAC presentada a través de la admisión a trámite persigue asegurar que ésta cumple todos los requisitos legales exigidos y que por consiguiente ya puede ser sometida a la consideración de los acreedores. Sin embargo, que la PAC cumpla con la legalidad no significa que sea la solución que mejor satisface a los acreedores, función última del

concurso y a cuya consecución tiende la PAC. La decisión sobre si la PAC es la solución que mejor satisface a los acreedores sólo puede provenir de los propios acreedores pues ellos son los que asumen los costes y gozan de los beneficios de aquella decisión. En efecto, en la LC, que pretende potenciar la autonomía privada de los acreedores, son éstos los que deciden en última instancia sobre la conveniencia de una determinada propuesta. Pero lo cierto es que para que dicha autonomía sea real debe ser informada y por ello es necesario que los acreedores dispongan de los elementos de juicio indispensables para decidir lo que más les conviene y, en concreto, si la PAC admitida a trámite es la solución que mejor satisface sus intereses.

Esta tarea de transmitir a los acreedores la información necesaria para decidir sobre si les conviene o no la PAC la lleva a cabo la administración concursal, bajo la supervisión del juez del concurso, mediante el control de oportunidad de la PAC que supone el trámite de evaluación. Es por este motivo que la LC prevé que una vez admitida a trámite la PAC, sea trasladada a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días ésta realice una evaluación sobre dicha propuesta (art.107.1 LC).

1. Fundamento de la evaluación de la PAC

Como ya hemos expuesto anteriormente⁶⁰³, el procedimiento concursal persigue reducir los costes de información que se producen en sede extrajudicial y que impiden la consecución de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores sin la

⁶⁰³ Vid. *supra*, págs.148-152.

intervención judicial. Estos costes de información provienen de las asimetrías informativas que sufren algunos acreedores del deudor y que les impiden saber cuál es el uso óptimo del patrimonio del deudor que maximice la satisfacción de sus intereses, esto es si la realización individual de los bienes que lo integran, si su conservación en funcionamiento bajo la administración del propio deudor, o si, en fin, su conservación en funcionamiento bajo la administración de persona diferente al deudor. Es en aquella función reductora de costes de información del procedimiento concursal en general y de la PAC en especial que la administración concursal adquiere un papel esencial, puesto que es el órgano encargado de recopilar y examinar la información relevante sobre el patrimonio del deudor para posteriormente darla a conocer a los acreedores y conseguir que estos estén en condiciones de emitir una decisión informada a la hora de adherirse o no a la propuesta de convenio.

La evaluación de la PAC forma parte de esta función de naturaleza informativa que recae sobre la administración concursal⁶⁰⁴. Por un lado, la evaluación realizada por la administración concursal ha de servir principalmente para que los acreedores aún no adheridos a la PAC dispongan de la información necesaria para adherirse o no a la propuesta de convenio⁶⁰⁵. Por otro, como se deriva de la

⁶⁰⁴ Vid., Jorge NOVAL PATO, *El informe de la administración concursal (con referencia también a la documentación complementaria)*, La Ley, Madrid, 2008, págs.170-172.

⁶⁰⁵ Para alcanzar esta función ha de ir acompañada de las medidas de publicidad necesarias para que la información llegue a los acreedores de forma oportuna. Esta idea nos ha de servir para valorar negativamente la ausencia de una publicidad expresa e inmediata para la evaluación de la administración. Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 107”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU y Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs. 1081-1086.

dicción literal de los arts.107 y 115 LC, el escrito de evaluación de la administración concursal cumple en la PAC una función de información y orientación al juez del concurso, a quien le corresponde el control de legalidad de las actuaciones y por lo tanto no tiene un conocimiento directo de la situación patrimonial y económica del deudor, siendo la administración concursal la que accede a este conocimiento y después lo transmite al juez.

2. Objeto y contenido de la evaluación de la PAC

Trasladada la PAC admitida a trámite a la administración concursal, ésta debe evaluar su contenido en atención al plan de pagos y en su caso al plan de viabilidad que la acompañen. A partir de esta concisa referencia del art.107.2 LC al que ha de ser el objeto de la evaluación de la PAC, podemos descartar ya que la evaluación se ocupe de la legalidad de la PAC. Como ya hemos advertido anteriormente, la legalidad de la PAC es examinada por el juez en un momento previo al de su evaluación, la admisión a trámite, y por consiguiente es claro que no es ese el objeto de la evaluación. Sí lo es, en cambio, el aspecto económico de la PAC, si bien más allá de esta afirmación, con la que coincide la mayoría de la doctrina⁶⁰⁶, no hay acuerdo en determinar el alcance de esta evaluación, puesto que mientras para algunos autores el escrito de evaluación debe limitarse a expresar la idoneidad de la propuesta desde la perspectiva del plan de pagos y el plan de viabilidad⁶⁰⁷, para otros es necesario que la administración concursal se

⁶⁰⁶ Vid. por todos, Jorge NOVAL PATO, *El informe de la administración concursal, op.cit.*, págs.170-172.

⁶⁰⁷ Son de esta opinión, entre otros, Jorge NOVAL PATO, *El informe de la administración concursal, op.cit.*, págs.170-171, y José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal, op.cit.*, pág.84.

pronuncie sobre las perspectivas de satisfacción de los intereses de los acreedores a través del convenio⁶⁰⁸.

A nuestro parecer, la delimitación del alcance de la evaluación llevada a cabo por la administración concursal sobre la PAC debe partir del fundamento de la evaluación, que es principalmente el de informar a los acreedores para que puedan decidir si la propuesta que se les somete a su consentimiento es la solución que mejor satisface los créditos de los que son titulares. Y esta información es precisamente la que proporciona la viabilidad de la PAC, entendida en los términos en que la delimitamos en el anterior Capítulo⁶⁰⁹, esto es la viabilidad entendida como la viabilidad del cumplimiento de la PAC y también como la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por lo tanto, la evaluación de la PAC llevada a cabo por la administración concursal, para cumplir con la función informativa que tiene asignada y proporcionar a los acreedores aquella información necesaria para decidir si adherirse o no a la propuesta, debería determinar en primer lugar si objetivamente puede esperarse que la propuesta, de aprobarse, sea cumplida y que el pago a los acreedores se pueda llevar a cabo en los términos establecidos en la propuesta y, en segundo lugar, si esa propuesta es la que mayor satisfacción puede proporcionar al conjunto de acreedores. De no incluirse esta información en la evaluación de la administración, los acreedores no tendrían elementos para decidir si aceptar la PAC o bien presentar ellos una propuesta de

⁶⁰⁸ Comparte este posicionamiento Andrés Juan RECALDE CASTELLS, “Comentario a los artículos 74 y 75”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentario...*, *op.cit.*, vol.1, págs.1346-1356.

⁶⁰⁹ Vid. *supra*, págs.325-335.

convenio o rechazar cualquier propuesta de convenio del deudor para provocar la apertura de la fase de liquidación⁶¹⁰.

Sin embargo, la administración concursal dispone únicamente de diez días para realizar su evaluación en un momento del procedimiento en que aún no se ha depurado ni el activo ni el pasivo del deudor. Los administradores concursales cuentan con la documentación contable y económica aportada por el deudor (art.6 LC), ya sea con la solicitud de declaración de concurso voluntario o bien a requerimiento del auto de declaración de concurso necesario, y con los documentos que se presentan junto con la PAC, el plan de pagos y el plan de viabilidad (arts.100.4 y 100.5 LC)⁶¹¹. Pero todavía no han elaborado ni el informe ni la documentación que lo acompaña, consistente en el inventario y en la lista de acreedores, que podrían presentar modificaciones respecto de la documentación presentada por el deudor, y por lo tanto no disponen aún de una información completa y definitiva sobre la situación patrimonial del deudor para emitir una evaluación que tenga el contenido anteriormente descrito. Es por ello que la LC permite a la administración concursal emitir, además de una evaluación favorable o desfavorable cuando la situación sea clara en uno u otro sentido, una evaluación favorable con reservas. De tal manera que cuando no

⁶¹⁰ Tampoco tendrían elementos para poder oponerse a la aprobación del convenio por inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, tal como reconoce el art.128.2 LC. Es claro que sólo si la administración se encarga de valorar la viabilidad de la PAC y posteriormente suministra esta información a los acreedores aquella legitimación tiene sentido. Si en ningún momento se hace una valoración sobre la viabilidad de la PAC, difícilmente esta causa de oposición resultaría operativa, ni respecto de la administración concursal ni respecto de los acreedores.

⁶¹¹ Vid., Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 107”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.823-827.

esté clara la viabilidad y oportunidad de la PAC, el órgano de administración puede emitir reservas y mostrarse favorable a la PAC a la espera de que una vez confeccionados la lista de acreedores y el inventario de la masa activa y finalizado el informe no aparezcan nuevos datos o circunstancias que puedan influir en la evaluación de la administración. Así, la administración podría evaluar favorablemente la PAC siempre y cuando coincidan la masa activa y pasiva definitiva con las presentadas inicialmente por el deudor⁶¹².

3. La resolución judicial a la vista de la evaluación de la administración concursal

Si la evaluación llevada a cabo por la administración concursal resulta favorable, se une al informe de la administración concursal, que se presenta, junto con la documentación complementaria, al juez y se comunica personalmente a los interesados en los supuestos previstos en el art.95 LC, mientras que de ser desfavorable o contener reservas, se presenta en el más breve plazo al juez, que puede dejar sin efecto la admisión de la PAC o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al informe o bien ordenar la continuación de

⁶¹² Un ejemplo sobre informe con reservas nos lo proporciona el AJM núm.1 de Las Palmas de 15 de octubre de 2010, que entra a valorar el contenido del informe favorable con reservas que emite la administración concursal, en el que *pone de manifiesto la existencia de incertidumbres sobre la posibilidad de reflotar la empresa a causa de la propia tacha concursal y el lastre que le suponen los negocios inmobiliarios al margen de su actividad tradicional, previendo dificultades en la realización del activo raíz, a la vez que presenta reservas por la parálisis del mercado inmobiliario, así como la previsible subida de tipos de interés, considerando imposible predecir la evolución de los tipos de interés durante el largo plazo de amortización de la deuda propuesto. Añade las dificultades para reducir la morosidad de clientes en las actuales circunstancias económicas.*

su tramitación (art.107.2 LC)⁶¹³. Son varias las cuestiones que suscita el traslado de la evaluación realizada por la administración concursal al juez y a los acreedores y que seguidamente pasamos a analizar.

3.1. La publicidad de la evaluación de la PAC

Siendo la función de la evaluación de la PAC la de reducir los costes de información que surgen en las negociaciones extrajudiciales mediante la recopilación de información sobre la viabilidad de la PAC dirigida al juez y principalmente a los acreedores, es necesaria para que esa función sea efectiva la existencia de mecanismos para garantizar que la información contenida en la evaluación sea conocida por el juez y los acreedores en el momento adecuado. Existe, por tanto, la necesidad de dar traslado de la evaluación cuanto antes al juez y a los acreedores, antes de que finalice el plazo para que estos puedan adherirse a la PAC. La dicción literal del art.107.2 LC, sin embargo, parece no tener en cuenta esta necesidad al establecer que la evaluación, de ser favorable, se une al informe de la administración y si es desfavorable o con reservas se presenta en el más breve plazo al juez. Una interpretación literal del precepto, pues, implicaría que la presentación de la evaluación en el más breve plazo al juez sólo es exigible cuando la evaluación es desfavorable o con reservas y no cuando la evaluación sea favorable, interpretación que sería inconsistente con la función informativa de la evaluación de la PAC, por lo que debe entenderse que

⁶¹³ La posibilidad de que el juez acuerde dejar sin efecto una PAC ya admitida a trámite ha llevado a algún autor a criticar el hecho de que la admisión a trámite no se realice después de la evaluación de la administración concursal. En este sentido, vid. José María FERNÁNDEZ SEIJÓ, “Comentario al artículo 106”, en José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS y Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios...., op.cit*, pág.1271.

en cualquier caso, sea cual sea el sentido de la evaluación de la PAC, la administración concursal debe presentarla cuanto antes al juez para que este adopte las medidas de publicidad necesarias con la finalidad de informar cuanto antes a los acreedores del resultado de la evaluación.

No obstante, no prevé tampoco el art.107 LC la puesta de la evaluación en conocimiento de los acreedores⁶¹⁴: si es favorable, se une al informe de la administración concursal y los acreedores la conocen cuando se publica el informe (art.95 LC); si es desfavorable o con reservas y el juez decide seguir su tramitación, se entiende, a falta de mención expresa al respecto, que es también en el momento de dar publicidad al informe cuando se pone en conocimiento de los acreedores; por último, si el juez decide dejar sin efecto la PAC ante una evaluación desfavorable o con reservas, los acreedores tienen acceso a ella cuando se publica el auto dejando sin efecto la PAC. Estas diferentes situaciones evidencian que, de ser la publicidad del informe y la del auto dejando sin efecto la tramitación de la PAC la única publicidad prevista para la evaluación de la PAC, los acreedores dispondrían de poco tiempo para informarse de la evaluación de la administración antes de que finalice el plazo para adherirse a la PAC⁶¹⁵. Exactamente, dispondrían de un plazo de diez días desde la notificación

⁶¹⁴ Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 107”, *op.cit*, pág. 1084.

⁶¹⁵ Ciertamente los acreedores del deudor pueden decidir adherirse a la PAC antes de que la administración concursal haya elaborado la evaluación de la propuesta y de que se haya publicado su informe y el resto de documentación que lo complementa. Así sucede necesariamente con los acreedores cuyas adhesiones acompañan a la PAC en su presentación. Sin embargo, los acreedores que se adhieren antes de obtener la información que proporciona el concurso son aquellos mejor informados, que no sufren asimetrías informativas sino que tienen acceso a aquella información sin necesidad de acudir al concurso. En cambio, el procedimiento concursal debe suministrar

del informe (art. 108 LC en relación al art.95 LC). Y teniendo en cuenta que los administradores concursales disponen de dos meses desde la fecha de aceptación del cargo para presentar su informe (art.74.1 LC), plazo que puede ser prorrogado por el juez por otro adicional no superior a dos meses (art.74.2 LC), mientras que la evaluación de la PAC debe elaborarse en el plazo de diez días desde la admisión a trámite de la PAC, es claro que, de esperar a su publicación junto con la del informe de la administración, los acreedores dispondrían de mucho menos tiempo para examinar el resultado de la evaluación que de publicarse de forma inmediata a su presentación al juez.

Esta poca disponibilidad de tiempo por parte de los acreedores para examinar el contenido de la evaluación de la PAC se hace más evidente si cabe al compararla con la prevista en el caso de una propuesta ordinaria de convenio. Efectivamente, respecto a la propuesta ordinaria, establece el art.115.2 LC que los escritos de evaluación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unan a él y los emitidos con posterioridad se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado desde el día de su presentación al juez. Si tenemos en cuenta que la tramitación de la propuesta ordinaria no se inicia hasta la apertura de la fase de convenio, esto es una vez publicado el informe y la documentación complementaria, incluida la evaluación de la propuesta de convenio (arts.111 y 113 a 115 LC), es adecuada la

información sobre la situación patrimonial, económica y financiera del deudor a aquellos acreedores peor informados, que no tienen acceso de otra manera a aquella información y dependen de los documentos elaborados por la administración concursal para tomar una decisión sobre la solución al concurso. Y respecto a estos acreedores, cuanto más tiempo dispongan para analizar aquella información, sin que suponga una mayor duración del procedimiento concursal y de la tramitación de la PAC, mejor satisface el procedimiento a sus intereses.

publicidad que el legislador ha previsto para la evaluación de la propuesta ordinaria por parte de la administración concursal, puesto que los acreedores, antes de emitir su decisión, ya han tenido acceso a la información relevante sobre el patrimonio del deudor⁶¹⁶. No sucede lo mismo con la PAC, una solución al concurso en la que, debido a su tramitación anticipada a lo largo de la fase común, existe el riesgo de que los acreedores no tengan acceso a la información completa sobre el patrimonio del deudor en el momento de emitir su adhesión a favor o en contra de la propuesta presentada por el deudor, riesgo que el legislador debe evitar con medidas que sin alargar el procedimiento ni hacerlo más costoso reduzcan las asimetrías informativas de los acreedores, por lo que una solución analógica a la prevista para la propuesta ordinaria de convenio debería ser adoptada en el caso de la PAC. En este sentido, una interpretación consistente con las finalidades de la PAC nos llevaría a admitir que, tan pronto la administración concursal diese a conocer su evaluación al juez, ésta debería ser puesta de manifiesto en la secretaría del juzgado y así otorgar más tiempo a los acreedores para tomar una decisión sobre la aceptación de la PAC⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Este acceso al escrito de evaluación de la propuesta de convenio queda garantizado incluso en aquel caso en que los acreedores, en vez de emitir su voto en la junta, prefieran adherirse a la propuesta antes de su celebración, pues pueden hacerlo únicamente a partir del momento en que quede de manifiesto en la secretaría del juzgado el correspondiente escrito de evaluación (art.115.3 LC).

⁶¹⁷ Vid., José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio concursal*, *op.cit.*, págs.87-88, quien entiende que el juez debe dictar en todo caso un auto dando noticia del escrito de evaluación realizado por la administración.

3.2. La facultad del juez de dejar sin efecto la PAC admitida a trámite

Como venimos repitiendo, los acreedores son los destinatarios principales y máximos beneficiarios de la información que contiene la evaluación realizada por la administración concursal, puesto que a ellos va dirigida la oferta negocial en que consiste la PAC y los que deben aceptarla o rechazarla y en base a aquella información los acreedores que todavía no se han adherido pueden tomar una decisión sobre si conviene a sus intereses aceptar o no la PAC presentada por el deudor. Sin embargo, el art.107 LC impide que la evaluación cumpla esa función de información a los acreedores en determinados supuestos, al conceder al juez la facultad de decidir sobre la admisión o la continuación de la tramitación de la PAC antes que los acreedores y sin que estos puedan llegar a decidir sobre la aceptación de la PAC cuando la evaluación sea desfavorable o con reservas. Y es que en caso de evaluación desfavorable o con reservas, el juez puede, mediante auto contra el que no cabe recurso, dejar sin efecto la admisión de la PAC o la continuación de su tramitación, lo cual determina a su vez que las adhesiones a la PAC que se deja sin efecto se tengan también por no realizadas⁶¹⁸.

Con la concesión de esta facultad, la LC atribuye al juez competencias sobre la oportunidad de la PAC cuando la intervención del juez se debería limitar, como hemos expuesto al inicio de este Capítulo, a un control de su legalidad, es decir un control sobre la forma, documentación, tiempo y contenido de la propuesta de convenio, de la forma y contenido de las adhesiones, y eventualmente de la

⁶¹⁸ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La adhesión de los acreedores”, *op.cit.*, págs. 4671-4704.

constitución y celebración de la junta⁶¹⁹. Esta facultad, pues, se aparta de la distribución de funciones ya expuesta entre los órganos del concurso, circunstancia que se pone de manifiesto de manera especialmente evidente si se analizan las facultades que se asignan al juez ante el resultado de la evaluación de una propuesta ordinaria de convenio. Según el art.115.1 LC, en la providencia de admisión a trámite se acuerda dar traslado de la propuesta de convenio a la administración concursal para que, en el plazo improrrogable de diez días, emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe, para posteriormente unir el escrito al informe o bien ponerlo de manifiesto en la secretaría del juzgado, momento a partir del cual los acreedores pueden adherirse a la propuesta. Se constata, pues, que en el caso de la propuesta ordinaria el juez no goza de la facultad que sí se le concede en el caso de la PAC y no se prevé ninguna actuación o resolución judicial a la vista de aquél de manera que mientras que en la propuesta ordinaria la decisión última sobre la oportunidad del convenio recae sobre los acreedores, en el caso de la PAC el juez también tiene la facultad de decidir sobre la oportunidad del convenio⁶²⁰.

⁶¹⁹ Vid., Felio VILARRUBIAS GUILLAMET, “El convenio...”, *op.cit.*, pág.1900, y Marcos SACRISTÁN REPRESA, “Comentario al artículo 106”, en Juan SÁNCHEZ CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.2230.

⁶²⁰ En la práctica, sin embargo, algún juez ha hecho uso de la facultad, que sólo se concede en la tramitación de la PAC, en relación a una propuesta ordinaria de convenio. Vid. AAP Cuenca (sección 1ª) de 20 de octubre de 2009, en la que el tribunal estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado en primera instancia abriendo la fase de liquidación después de haber admitido a trámite la propuesta ordinaria de convenio presentada por el deudor sobre la base de que, acordado el cierre de la empresa, extinguidos los contratos de trabajo, cortado el suministro de energía eléctrica y agotada la tesorería, difícilmente podía ser viable la empresa del deudor ni hacerse frente al plan de pagos propuesto. Al respecto, la AP concluye que *es precipitada la decisión del juzgador de instancia, pues no le corresponde al órgano*

A la vista de este tratamiento diferenciado es oportuno preguntarse si resulta justificada y consistente con las finalidades de la PAC la facultad concedida al juez de dejar sin efecto la PAC admitida a trámite. Por un lado, tal facultad se presenta consistente con la finalidad de reducir los costes del concurso. Así, en la medida en que una actitud racional de los acreedores les llevaría a rechazar una PAC que ha sido evaluada en sentido desfavorable por la administración concursal, permitir que el juez finalice la tramitación de la PAC en ese momento del procedimiento evita actuaciones procesales y por lo tanto supone una reducción de los costes del concurso. Dicha reducción de costes se hace evidente si consideramos la posibilidad de que el juez no disponga de la facultad que le concede el art.107 LC de dar por terminada la tramitación de la PAC ante una evaluación desfavorable. En tal caso podría suceder, como advertíamos, que los acreedores rechazaran la aceptación de la PAC. Es claro en este supuesto que la decisión del juez de dejar sin efecto la PAC reduce tiempo y trámites y permite al deudor o a los acreedores pensar en presentar otra propuesta de convenio. Esta reducción de los costes del concurso también existiría en la hipótesis en que los acreedores acabasen aceptando la PAC a pesar de la evaluación desfavorable o con reservas, puesto que una vez se comprueba que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, la administración concursal está legitimada para formular oposición a la aprobación judicial (art.128 LC) y puede alegar en esta sede la inviabilidad objetiva del

jurisdiccional, de oficio y en el momento procesal en que lo hizo (después de la admisión a trámite de la propuesta y dictado auto de convocatoria de la junta de acreedores), enjuiciar la solidez de la propuesta, sino a los acreedores. El juzgador debe velar por el cumplimiento de todos los requisitos legales que autorizan la admisión a trámite de la propuesta (Fundamento de Derecho Tercero).

cumplimiento del convenio ya expuesta en la evaluación desfavorable de la PAC. Cabe pensar que si no han ocurrido cambios significativos en la situación patrimonial del deudor, la administración concursal que previamente haya emitido una evaluación desfavorable volverá a alegarla en sede de oposición, que de ser estimada por el juez significaría el fin de la tramitación de la PAC, llegando al mismo resultado que si el juez hubiese finalizado la tramitación de la PAC en el momento de recibir el resultado de la evaluación y con una reducción de los trámites procesales y por lo tanto de los costes del concurso considerable.

Sin embargo, la amplitud de los supuestos en que el juez puede dejar sin efecto la PAC admitida a trámite puede mitigar esa pretendida reducción de costes al ir en contra de la finalidad de favorecer la consecución de un convenio. Los supuestos son variados, pueden consistir en una evaluación desfavorable por ser claramente inviable el cumplimiento de la PAC o bien en una evaluación con reservas que implicase la modificación del contenido de la propuesta o finalmente en una evaluación con reservas a la espera de que se confirme la situación patrimonial del deudor o que se reintegren determinados bienes a la masa activa y que en caso de confirmarse sería favorable. En los primeros casos es claramente recomendable, a efectos de reducir los costes del concurso, permitir cuanto antes que el deudor pueda presentar una nueva propuesta. En cambio el último supuesto puede tratarse de una PAC satisfactoria para los acreedores y por tanto la defendida consistencia de la facultad del juez con la finalidad de reducir los costes del concurso se vería contrariada por la inconsistencia con la finalidad de satisfacer a los acreedores.

Pero por otro lado, la facultad del juez de dar por finalizada la tramitación de la PAC va en contra, en primer lugar, de la función del juez dentro del concurso y supone una limitación a la autonomía privada de las partes, contradiciendo así una de las finalidades de la PAC. Si el juez debe ceñir sus competencias al control de legalidad del convenio y de todas las actuaciones que respecto a él se lleven a cabo, también de la evaluación de la administración, en ningún caso debería hacer un juicio de oportunidad sobre la PAC sin haber sido ésta sometida a la consideración de los acreedores. Al no permitir que los acreedores emitan su consentimiento a favor o en contra de la PAC se produce una limitación clara de la autonomía privada de las partes. Autonomía que es promocionada especialmente por la PAC, al gozar ésta de un carácter contractual más marcado que la propuesta ordinaria y ampliar el art.104 LC la facultad concedida al juez del concurso para autorizar la excepción de los límites a las quitas y esperas y por tanto dejando un margen más amplio a la autonomía de las partes en relación al contenido de la PAC. A su vez, este menoscabo de la autonomía privada de las partes podría desincentivar el uso de la PAC y por lo tanto impedir la anticipación de la declaración de concurso perseguida por aquella. Si el mayor ámbito de la autonomía que supone la regulación del contenido de la PAC es un incentivo para presentar una PAC, por el contrario, la facultad del juez de dejar sin efecto la PAC supone un desincentivo a su uso y por consiguiente a la anticipación de la solicitud de la declaración de concurso.

Y, en segundo lugar, va en contra de la finalidad de maximizar la satisfacción de los acreedores⁶²¹. La intervención del juez en la valoración de la oportunidad de la PAC parece responder a la mayor protección que quiere proporcionarse a los acreedores teniendo en cuenta que la expedición con que se tramita la PAC puede mermar sus garantías. Así, ante el temor de que los acreedores acepten una PAC a pesar de la evaluación desfavorable o con reservas por no disponer aún de toda la información sobre el patrimonio del deudor, el legislador asigna al juez la facultad de dar fin a la tramitación de la PAC evitando que los acreedores puedan prestar su consentimiento a favor de una PAC que no resulta ser, según la administración concursal y el juez, la solución más satisfactoria para los acreedores. Sin embargo, para que la intervención del juez en la valoración de la oportunidad de la PAC impidiendo a los acreedores decidir sobre ella cumpla con esa pretendida satisfacción de sus intereses, el juez y la administración concursal deberían estar en mejor posición que los acreedores para valorar aquella satisfacción. Y no es claro que eso suceda, en la medida en que no concurren en ellos los incentivos necesarios para decidir sobre la

⁶²¹ Vid. AJM núm.1 de Las Palmas de 15 de octubre de 2010, según el cual *el tribunal no debe actuar de modo inquisitivo, interponiéndose sin un fundamento sólido entre la PAC y la oportunidad de evaluación de los acreedores, pues supondría tanto como anticipar un fracaso en la aprobación de la PAC sin audiencia de los principales interesados. Sólo si las premisas de los planes presentados son patentemente erróneas o las previsiones aparecen claramente irrazonables (no meramente inciertas) estará justificado archivar la tramitación de la PAC y privar de la decisión última a los acreedores. Si, como entendemos, el Derecho concursal tiende a facilitar una solución cooperativa entre los acreedores al problema de la insolvencia, como instrumento para maximizar el patrimonio del deudor común y la consiguiente satisfacción de los acreedores, difícilmente se justificará que el juez del concurso obstruya un cauce para que los principales interesados hagan valer directamente sus preferencias.*

oportunidad de la PAC al no verse afectados por dicha decisión⁶²². Así, ni el juez ni la administración concursal (en concreto, los miembros no acreedores de la administración concursal) se apropian de los beneficios ni soportan los costes del acierto o fracaso en la valoración sobre la viabilidad de la PAC⁶²³. Son los acreedores ordinarios los que se encuentran en semejante situación, siendo esta circunstancia precisamente la que justifica que el poder de decidir sobre la aceptación o no de la PAC, y de cualquier propuesta de convenio, se sitúe fundamentalmente en los acreedores ordinarios⁶²⁴.

Así pues, se hace evidente en la norma del art.107 LC la existencia de una contradicción entre las finalidades de la PAC, por un lado la reducción de costes, y por el otro la promoción de la autonomía negocial de las partes y la máxima satisfacción de los acreedores, contradicción que, a nuestro parecer, debe resolverse a favor de las finalidades que mejor sirvan a la función del concurso, la máxima satisfacción de los acreedores, por lo tanto a favor de las finalidades de promocionar la autonomía privada de las partes y satisfacer a los acreedores y en detrimento de la reducción de los costes del concurso.

⁶²² Vid., David Arthur SKEEL, “The nature and effect of corporate voting...”, *op.cit.*, págs.497-498, quien afirma que los jueces no tienen los incentivos apropiados para tomar decisiones que afecten al destino del patrimonio del deudor, al no tener ningún interés económico que resulte afectado por ellas.

⁶²³ Vid., Douglas G. BAIRD, “The Uneasy Case for Corporate Reorganizations”, *J. Legal Stud.*, núm.15, 1986, págs.127-147, para quien el juez tiende a subestimar los riesgos de sus decisiones, a diferencia de quien se juega su dinero en la decisión.

⁶²⁴ Sobre esta cuestión, vid. *supra*, págs.374-377.

VI. El control de legalidad y de oportunidad sobre la PAC aceptada: la aprobación judicial

Una vez que el juez del concurso admite a trámite la PAC, se constata que ésta cumple los requisitos legales exigidos por la LC para ser sometida a la consideración de los acreedores, que están, a partir de ese momento y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, en disposición de prestar su consentimiento sobre la misma. Así, la admisión a trámite, además de comportar el traslado de la PAC a la administración concursal para que realice la evaluación, determina el inicio del plazo para que cualquier acreedor que aún no se haya adherido a la PAC manifieste su adhesión a la propuesta. Si la PAC reúne durante este periodo suficientes adhesiones para alcanzar, junto a las que necesariamente se hayan emitido antes de la presentación de la PAC, las mayorías exigidas para su aceptación, y siempre y cuando a la vista del contenido del informe de evaluación de la administración concursal el juez no decida dejar sin efecto la admisión a trámite, puede ser finalmente aprobada, momento éste de la aprobación en el que se procede a realizar un nuevo control de legalidad y de oportunidad de la PAC ya sometida a la consideración de los acreedores. Antes de someterse a ese nuevo control de legalidad y de oportunidad en el trámite de la aprobación, pues, la PAC debe ser aceptada por los acreedores.

1. La aceptación de la PAC en la fase común

Hemos visto como uno de los rasgos propios de la PAC en su tramitación procesal es el de su presentación anticipada, con la solicitud de declaración de

concurso voluntario o a partir de la declaración de concurso necesario y hasta la finalización del plazo de comunicación de créditos, esto es en un momento procesal anterior al de la propuesta ordinaria, que puede ser presentada por el deudor transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta que sean definitivos los textos de aquellos documentos o por los acreedores desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de su celebración (art.113 LC). Sin embargo, las especialidades del régimen procesal de la PAC no se limitan a anticipar el momento de su presentación, sino que también comprenden la anticipación de su aceptación por parte de los acreedores. Esta anticipación se consigue habilitando un plazo procesal específico para que los acreedores puedan emitir su consentimiento sin esperar, como sucede en la aceptación de la propuesta ordinaria de convenio, a la apertura de la fase de convenio. Este plazo se extiende desde la admisión a trámite de la PAC hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art.108.1 LC). De esta manera, la PAC, una vez presentada y admitida a trámite por el juez, puede ser aceptada por los acreedores durante la fase común.

La finalidad de este régimen jurídico procesal especial respecto de la propuesta ordinaria de convenio no es otra que la de reducir los costes del procedimiento concursal. En primer lugar, con este sistema de aceptación que sustituye la celebración de la junta por la adhesión escrita de cada acreedor con derecho de adhesión en el periodo que la LC fija al efecto, se persigue y se consigue la reducción de los costes que ha de soportar la masa activa del concurso derivados de la apertura de la fase de convenio así como de la convocatoria y celebración de una junta de acreedores, superiores a los de la emisión de la adhesión

individual escrita de los acreedores mediante comparecencia ante el secretario del juzgado o mediante instrumento público, especialmente en concursos con un elevado número de acreedores⁶²⁵. Pero no sólo reduce los gastos del procedimiento sino también, y en segundo lugar, reduce considerablemente el tiempo de duración del procedimiento, puesto que la aceptación de la PAC, aunque no puede producirse antes de que se conozcan a los acreedores y a sus créditos, no se demora más allá de este plazo, dentro de la fase común, y puede permitir su aprobación en la misma fase común, finalizando el concurso en menos tiempo que una propuesta ordinaria y evitando retrasar la satisfacción de los acreedores.

Es claro, pues, que el régimen procesal especial de la aceptación de la PAC es consistente con la finalidad de reducir los costes del concurso y por consiguiente contribuye a la satisfacción de los acreedores así como a desterrar los recelos y críticas suscitados por el sistema de adhesión por escrito, ya utilizadas contra la previsión de la LSP por favorecer las prácticas ilícitas, las maniobras fraudulentas y los pactos privados⁶²⁶. Y es que dicho sistema de aceptación goza de las garantías necesarias para combatir aquellos recelos y críticas, en la medida en que todas las adhesiones emitidas son controladas por el juez del concurso en el momento de la admisión a trámite de la PAC, de su aprobación y de la posible declaración de nulidad del convenio ya aprobado, al igual que lo son los votos emitidos en una junta de acreedores. En este sentido, la válida

⁶²⁵ Sobre los costes de la junta, vid. *supra*, págs.336-339.

⁶²⁶ Vid. por todos, Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA, “Comentario al artículo 104”, *op.cit.*, págs.803-804.

aceptación de la PAC mediante adhesión exige el cumplimiento de los requisitos de forma y contenido previstos en el art.103 LC para cualquier tipo de adhesión, ya sea anterior o posterior a la admisión a trámite de la PAC o ya sea emitida para aceptar una PAC o una propuesta ordinaria de convenio, y de las mayorías necesarias establecidas en el art.124 LC así como de las reglas de votación especiales del art.125 LC.

2. Aprobación judicial anticipada de la PAC

La especial naturaleza jurídica del convenio concursal viene determinada por dos elementos: en primer lugar, el consistente en que el convenio requiere la aprobación judicial para desplegar sus efectos y, en segundo lugar, el relativo a que estos efectos se extienden no sólo a las partes que han aceptado su contenido sino también a los acreedores ausentes y disidentes⁶²⁷. Por tanto, en la formación del convenio concursal no es suficiente la aceptación de la propuesta de convenio por parte de los acreedores para que aquel despliegue su eficacia sino que se exige que además de ser aceptada sea aprobada por el juez del concurso. Así, pues, una vez aceptada mediante la adhesión de la mayoría de acreedores legalmente exigida, la PAC debe ser aprobada por el juez en un trámite que supone un nuevo control de legalidad y de oportunidad de la PAC, después de superar el de la admisión a trámite y el de la evaluación de la administración concursal, para que pueda desplegar su eficacia frente a todos los acreedores ordinarios y subordinados y no sólo frente a aquellos que hayan prestado su consentimiento a favor del convenio.

⁶²⁷ Vid. *supra*, págs.25-33.

Este nuevo control, posterior al ya efectuado a través de la admisión a trámite y de la evaluación de la PAC, se justifica por la emisión, con posterioridad a ese primer control, de nuevas adhesiones por parte de los acreedores, que aún no han sido examinadas, así como de la publicación de los textos definitivos del informe de la administración concursal y su documentación complementaria, a los cuales se ha de adecuar el contenido de la PAC. Además pueden aparecer nuevas circunstancias relacionadas con la situación patrimonial, económica o financiera del deudor que afecten a la viabilidad del convenio. Por todo ello, es necesario un nuevo control de legalidad y de oportunidad sobre la PAC.

El trámite de la aprobación judicial se dirige a asegurar que ningún convenio que adolezca de algún vicio o incumpla alguno de los requisitos legales previstos en la LC llegue a desplegar sus efectos, garantizando que sólo aquellos convenios concursales en los que concurren aquellos requisitos legales sean obligatorios. En este sentido, puede considerarse el trámite de la aprobación una adaptación del régimen general de la ineficacia contractual al especial negocio jurídico que es el convenio concursal, con un carácter preventivo⁶²⁸. En el régimen general del negocio jurídico, las acciones de nulidad y anulabilidad se dirigen a hacer cesar la eficacia del negocio ya perfeccionado afectado por el vicio que lo invalida y a restituirse los bienes y derechos transmitidos por causa del negocio. Son evidentes los graves perjuicios que causaría la aplicación del

⁶²⁸ Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 128”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU y Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1209-1212.

régimen de ineficacia del negocio jurídico al convenio concursal y la consiguiente anulación del convenio que ya ha empezado a cumplirse produciendo efectos sobre una pluralidad y diversidad de acreedores y sobre la propia actividad empresarial del deudor, para proceder irremediabilmente a la apertura de la fase de liquidación, cuando de detectarse la causa de anulación en un momento anterior al del inicio de su eficacia podría existir incluso la posibilidad de plantear una nueva propuesta de convenio. Con la finalidad de evitar los daños que se derivarían de semejante posibilidad se articula un trámite que permite a las partes e incluso al juez de oficio denunciar antes de que el convenio despliegue su eficacia todos aquellos motivos que serían causa de ineficacia del mismo. De esta manera, si bien no se elimina la posibilidad de anular un convenio ya eficaz, se reduce al máximo la incidencia de su anulación.

Desde esta perspectiva que nos aporta el considerar la aprobación judicial como una adaptación del régimen general de ineficacia del negocio jurídico al convenio concursal, la aprobación judicial no consiste en el mero acto de homologación de un convenio aceptado por la mayoría legal exigida, sino que implica un control de la legalidad a instancia de parte y de oficio así como un control de oportunidad únicamente a instancia de parte que de superarse permite al convenio desplegar sus efectos. Para que el juez pueda iniciar el trámite de aprobación de la PAC, esta tiene que haber sido aceptada por la mayoría de acreedores exigida. Esta aceptación por mayoría determina la perfección del negocio jurídico en que se convierte la PAC y obliga al juez a proceder a su aprobación siempre y cuando se cumplan todos los requisitos legales establecidos. Por lo tanto, es este elemento el primero que debe

comprobar el juez antes de proseguir con un nuevo control sobre la legalidad y la oportunidad de la PAC ya aceptada por los acreedores.

2.1. Verificación de las adhesiones

El secretario judicial debe verificar si las adhesiones presentadas consiguen la mayoría exigida (art.109.1 LC) dentro de los cinco días siguientes a aquel en que haya finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que haya finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones.

Esta asignación al secretario judicial de la función de verificar las adhesiones presentadas es una novedad introducida por la Ley 13/2009. En la redacción original del art.109.1 LC, era el juez quien debía proceder a dicha verificación. Esta nueva redacción del art.109.1 LC, además de descargar al juez del concurso de una tarea que no tiene naturaleza jurisdiccional, viene a resolver una cuestión que había planteado parte de la doctrina, partidaria de considerar, a pesar de que de una lectura literal del art.109 LC se entendía que mediante la verificación el juez debía únicamente comprobar si las adhesiones presentadas alcanzaban la mayoría legalmente exigida, que en el momento de la verificación el juez también debía proceder al control de los requisitos formales y materiales de las adhesiones y de las posibles revocaciones a dichas adhesiones⁶²⁹. A

⁶²⁹ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 109”, en Faustino CORDÓN MORENO, *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.833, y Ángel Vicente ILLESCAS RUS,

nuestro parecer, y respecto a la redacción original, no era ese el momento procesal adecuado para proceder a un examen de las adhesiones y sí en cambio lo es el trámite de la oposición y rechazo de oficio que prosigue al de la verificación de la obtención de la mayoría exigida, puesto que, en primer lugar, no prevé el art.109 LC ningún plazo para proceder, de apreciarse algún error subsanable en alguna de las adhesiones emitidas, a su subsanación, y, en segundo lugar, porque en el trámite de la oposición y rechazo de oficio se contempla expresamente el examen de la forma y contenido de las adhesiones (art.128 y 131 LC). Por ello, y para evitar la sucesión de controles del contenido y forma de las adhesiones que dilaten el procedimiento concursal, haciéndolo más costoso y menos ágil, la verificación, entendíamos, debía limitarse al cálculo del pasivo representado por los créditos adheridos. Pues bien, la asignación ahora de esta tarea al secretario judicial, a quien se atribuyen únicamente actividades que no comportan ningún tipo de actividad jurisdiccional, confirma esta interpretación y, por tanto, el secretario judicial debe limitarse a calcular el porcentaje de pasivo adherido a la PAC, sin proceder a ningún control ulterior.

El resultado de la verificación condiciona la tramitación posterior de la PAC. Puesto que si se alcanza la mayoría para considerar aceptada la PAC, el secretario lo proclama mediante decreto y se abre el periodo de oposición al convenio antes de dictar la sentencia aprobatoria del convenio, mientras que de no alcanzarse la mayoría legalmente exigida el secretario da cuenta al juez y este dicta auto abriendo la fase de convenio o de liquidación según corresponda. Que

“Comentario al artículo 109”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, op.cit, pág.561.

no se alcance la mayoría legalmente exigida no significa, sin embargo, el fin de la tramitación de la PAC, puesto que la LC permite al deudor mantener la PAC no aprobada para su sometimiento a la junta de acreedores, si bien su aprobación no se produce anticipadamente, durante la fase común, sino en la fase de convenio.

El art.109 LC no menciona nada respecto a la publicidad que debe darse al decreto que proclama el resultado de la verificación. A pesar de ello, y en la medida en que para que los acreedores puedan ejercer su derecho a oponerse a la aprobación del convenio adecuadamente se debería garantizar una oportuna publicidad y comunicación de aquel resultado, en los términos del art.23 LC, la fecha de inicio del periodo de oposición a la aprobación del convenio debería ser el día siguiente al de la comunicación a las partes del decreto proclamando el resultado de la verificación⁶³⁰.

2.2. Oposición a la aprobación del convenio y rechazo de oficio del convenio

Producida la aceptación de la PAC por parte de los acreedores y verificadas las adhesiones por el secretario judicial, se inicia el segundo control sobre la legalidad y la oportunidad del convenio. Por un lado, un control sobre la legalidad y la oportunidad del convenio a instancia de parte mediante el trámite de la oposición a la aprobación del convenio (arts.128 y 129 LC), y por otro, un

⁶³⁰ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 109”, *op.cit*, pág.834.

control de oficio sobre la legalidad por parte del juez mediante el rechazo de oficio (art.131 LC).

2.2.1. Oposición a la aprobación del convenio

La oposición consiste en un mecanismo previsto en la LC para evitar que un convenio que sufra de vicios en su formación llegue a iniciar sus efectos y su anulación posterior al inicio de dichos efectos perjudique a los acreedores debido a los costes que semejante situación les haría soportar. Así, la oposición debe suponer el examen de la legalidad de la PAC consistente en constatar el cumplimiento de todas las normas relativas al contenido del convenio y a la forma y contenido de las adhesiones emitidas por los acreedores. Pero si, como acabamos de defender, la oposición tiene como fundamento evitar los costes de la anulación de un convenio y el perjuicio que dicha anulación supondría para la satisfacción de los acreedores, cabe entender que el control no se limite a la legalidad de la PAC sino también a su oportunidad o conveniencia, ya que las consecuencias de que una vez iniciados los efectos del convenio éste se revele de inviable cumplimiento son igualmente nocivas para los acreedores. Así pues, y en la medida en que a través de la oposición también puede alegarse la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, la oposición es además de un control sobre la legalidad de la PAC también un control sobre su oportunidad o conveniencia del convenio antes de proceder a su aprobación y despliegue de su eficacia.

A) Plazo para formular oposición

El plazo para formular oposición a la aprobación judicial del convenio aceptado es, según el art.128.1 LC, de diez días, contados desde el día siguiente a la fecha en que el secretario judicial haya verificado que las adhesiones presentadas llegan a la mayoría legal para la aceptación del convenio. Si bien el art.128.1 LC se refiere como el *dies a quo* del plazo de oposición al día siguiente al de la verificación, en rigor, y de acuerdo con la exigencia de publicidad del decreto que proclama el resultado de la verificación, en orden a garantizar a los acreedores un ejercicio adecuado de su derecho a oponerse a la aprobación del convenio, el día de inicio del plazo debería ser el siguiente a la fecha de notificación a las partes del decreto que proclama el resultado de la verificación de las adhesiones⁶³¹.

La naturaleza del plazo de oposición fue una cuestión discutida en la doctrina y en la jurisprudencia en relación con la suspensión de pagos⁶³². En cambio, no hay duda en la doctrina respecto a la LC que el plazo para formular oposición a la aprobación del convenio debe considerarse de naturaleza procesal, por lo que se excluyen de su cómputo los días inhábiles según lo previsto en el art.133.2 LEC⁶³³.

⁶³¹ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 128”, en Faustino CORDÓN MORENO, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.904-911.

⁶³² Vid., Modesto DE BUSTOS, “Comentario al artículo 128”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, *op.cit.*, págs.631-635.

⁶³³ Así lo entiende la SAP Alicante (sección 8ª) de 22 de enero de 2009 en su Fundamento de Derecho Tercero.

B) Legitimación

La LC no legitima de forma generalizada a los intervinientes en el concurso para que puedan oponerse a la aprobación del convenio sino sólo a aquellos que, viéndose afectados de una manera u otra por el convenio, no han expresado su consentimiento a favor de él⁶³⁴. Así, en primer lugar, están legitimados para presentar oposición al convenio los acreedores que no se hubiesen adherido a la PAC (art.128 LC)⁶³⁵.

Es claro que en esta categoría de legitimados podemos incluir a aquellos acreedores que, teniendo derecho de adhesión a la PAC y viéndose afectados por la misma, no se hayan adherido o bien se hayan adherido en contra. Esta categoría incluye, pues, a todos los acreedores ordinarios. Resulta dudoso, en cambio, si se puede incluir entre los acreedores no adheridos aquellos que no lo han hecho por no tener derecho de adhesión (art.122 LC), por un lado, y los acreedores privilegiados, que teniendo derecho de adhesión no se han adherido y por tanto no quedan afectados por el convenio, por otro. Estrictamente también son acreedores no adheridos, pero cabe plantearse, respecto a los primeros, si la exclusión del derecho a adherirse permite fundamentar también la exclusión de la legitimación para oponerse al convenio y, respecto a los segundos, si el hecho de ostentar derecho de voto por sí solo justifica la

⁶³⁴ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, *ibidem*.

⁶³⁵ El art.128 LC se refiere también a los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta, pero en la aprobación anticipada de convenio, que sucede sin la celebración de la junta, no cabe esta legitimación, a la que nos referiremos al tratar de la aprobación de la PAC en la fase de convenio.

legitimación a oponerse a la aprobación del convenio, al margen de tener o no un interés en el mismo. También cabe plantear la admisibilidad de legitimar a otras personas que sin ser acreedores sean titulares de algún interés afectado por el convenio, por ejemplo terceros que asuman compromisos u obligaciones en el convenio.

A nuestro entender, al describir el trámite de la oposición como un mecanismo para evitar que un convenio que sufra de vicios en su formación llegue a iniciar sus efectos en una adaptación del régimen general de la ineficacia contractual previsto en el Cc a la especial naturaleza jurídica del convenio concursal, el criterio para determinar a quien corresponde la legitimación para oponerse a la aprobación del convenio debe reflejar, con las especialidades exigidas por la propia disciplina concursal, la legitimación que aquel régimen de ineficacia contractual contempla⁶³⁶. En este sentido, la literalidad del art.128 LC al referirse a los legitimados para oponerse a la aprobación de la PAC recuerda a la

⁶³⁶ En la doctrina se ha defendido que el criterio para configurar la legitimación para oponerse a la aprobación del convenio es el de la afectación por parte del convenio de los propios intereses y por consiguiente debería incluirse en la noción de acreedores no adheridos también a los acreedores sin derecho de adhesión. En este sentido, Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.1217-1218, quien opina que si bien la Ley les niega el derecho de adhesión o voto, no significa que deba negárseles el derecho a poner de manifiesto defectos de un convenio. Vid. también Modesto DE BUSTOS, “Comentario artículo 128”, *op.cit.*, págs.631-635, que admite que quien queda obligado por el convenio está legitimado para impugnarlo, aunque no tenga derecho de voto. Por otro lado, MENÉNDEZ ESTÉBÁNEZ, pese a afirmar la conexión existente entre el derecho de oposición y el derecho de voto y negar consecuentemente la legitimación de los acreedores sin derecho de voto, niega también la legitimación de los acreedores privilegiados. Vid., Francisco Javier MENÉNDEZ ESTÉBÁNEZ, *La oposición a la aprobación del convenio concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs.105-108.

En concordancia con este último posicionamiento doctrinal, la jurisprudencia niega la legitimación para oponerse a la aprobación del convenio tanto a los acreedores privilegiados como a los subordinados. En este sentido, vid. SSAP núm.1 de Oviedo de 22 de marzo de 2007 y JM núm.1 de A Coruña de 11 de marzo de 2011.

legitimación para impugnar acuerdos sociales anulables (art.206.2 LSC)⁶³⁷. Sin embargo, son varias las objeciones para considerar exclusivamente la perspectiva de la anulabilidad a efectos de determinar la legitimación a la oposición.

En primer lugar, y teniendo en cuenta que esta perspectiva permitiría justificar únicamente la legitimación de aquellos que tienen derecho a participar en la formación del negocio jurídico, por tanto únicamente aquellos con derecho de adhesión⁶³⁸, no estarían legitimados los acreedores subordinados pero sí los acreedores privilegiados. Esto nos parece excesivo, puesto que si finalmente estos últimos no se adhieren a la PAC no resultan afectados por el convenio y de esta manera no ostentan ningún tipo de interés que deba ser protegido mediante la oposición a la aprobación, a diferencia de lo que sucede con los acreedores subordinados. En segundo lugar, desde el punto de vista de las causas de oposición, que veremos más adelante, no sólo se recogen causas relacionadas con vicios de la voluntad, y que por tanto constituyan causas de anulabilidad del convenio, sino también causas relacionadas con la legalidad del contenido del convenio, más próximas al régimen de la nulidad, que deberían

⁶³⁷ En relación a la oposición del convenio aprobado en junta, el art.128 LC legitima para oponerse a la aprobación del convenio a los acreedores no asistentes a la junta, a aquellos que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, en términos similares al art.206.2 LSC, que legitima, además de los administradores, a los socios asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto para impugnar los acuerdos anulables.

⁶³⁸ En el régimen general de anulabilidad, está legitimada para ejercer la acción la parte del contrato titular del específico interés que se trata de proteger. Vid., Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...., op.cit.*, págs.595-596.

poder ser alegadas por cualquier persona con interés legítimo, sean o no partes del negocio jurídico⁶³⁹. Estas objeciones nos hacen replantear la idea de adoptar exclusivamente la perspectiva de la anulabilidad para determinar la legitimación a la oposición y considerar la integración a aquella perspectiva de la nulidad. Una propuesta de integración de ambos regímenes podría consistir en legitimar a los acreedores sin derecho de adhesión en relación a las causas de oposición relativas a la legalidad del contenido del convenio y excluir de la legitimación a los acreedores privilegiados que si bien tienen derecho de adhesión no quedan afectados por el convenio y no pueden alegar ningún interés legítimo digno de ser protegido.

Respecto a la posibilidad de legitimar a terceros que asuman compromisos u obligaciones en el convenio, y desde la perspectiva que hemos adoptado, debería admitirse sin problemas, en la medida en que han intervenido en la formación del convenio y son titulares de intereses que pueden verse afectados por vicios o defectos diversos. Además, esta posibilidad podría permitirse a través del art.193.2 LC al tratar de las partes del incidente concursal, que, como veremos, es el cauce procesal que debe seguir la oposición a la aprobación del convenio, según el cual cualquier persona comparecida en forma en el concurso puede intervenir con plena autonomía en el incidente de oposición a la aprobación, coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria.

La duda sobre legitimar o no a acreedores sin derecho de adhesión o a terceros con intereses afectados por el convenio no surge, en cambio, en la legitimación

⁶³⁹ Vid. Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, pág.578.

reforzada que la LC impone si la causa de la oposición es la relativa a la inviabilidad del cumplimiento del convenio, pues legitima únicamente a los acreedores que reúnan, individualmente o agrupados, el 5% de los créditos ordinarios. Esta referencia a los créditos ordinarios es clara a la hora de excluir a los acreedores subordinados y también debería extenderse al resto de acreedores sin derecho de adhesión y terceros. Este tratamiento diverso en las personas legitimadas se explica por la naturaleza de la causa de oposición que exige la legitimación reforzada, que no constituye una cuestión de legalidad de la PAC, de vicio o defecto en su formación, sino de oportunidad de la misma, cuestión esta que corresponde determinar únicamente a los acreedores ordinarios por ser los acreedores residuales en situaciones de insolvencia del deudor común y sobre los que recae el poder de decidir acerca del destino final del patrimonio del deudor y por tanto sobre la aceptación o no de la PAC⁶⁴⁰.

En segundo lugar, también la administración concursal está legitimada para oponerse a la aprobación del convenio, cualquiera que sea la causa de oposición⁶⁴¹. Legitimación que guarda relación en este caso no con la afectación

⁶⁴⁰ Vid. *supra*, pág.374-377.

⁶⁴¹ El art.128.1 LC legitima, por último, al concursado que no hubiese formulado la propuesta de convenio aceptado por los acreedores ni le hubiere prestado su conformidad a la propuesta de convenio para oponerse a la aprobación del convenio. Pero obviamente esta causa de oposición no es aplicable en el caso de la PAC, pues esta, como hemos visto, sólo puede ser presentada por el deudor. La legitimación del deudor para oponerse a la aprobación del convenio tiene sentido cuando la propuesta de convenio no ha sido presentada por el deudor sino por los acreedores y aquél no está de acuerdo o bien tendría sentido si los acreedores pudiesen introducir modificaciones a la propuesta de convenio una vez presentada. Pero la LC no admite esta posibilidad, por lo que no puede aceptarse la legitimación del deudor para oponerse a una propuesta que él mismo ha presentado y con la que lógicamente está conforme. La posibilidad que le queda al deudor si no quiere que el juez apruebe la PAC es solicitar la apertura de la fase de liquidación (art.128.3 LC).

de los intereses propios sino con su deber de evaluar la PAC en el momento de la admisión a trámite de la propuesta (arts.107 LC) y en general con sus funciones de obtener y suministrar información sobre el patrimonio del deudor, que la colocan en una situación privilegiada, respecto de los acreedores, para detectar irregularidades en la formación y viabilidad del convenio.

El art.129 LC no contiene ninguna mención respecto a la legitimación pasiva, pero debe entenderse que la demanda de oposición debe dirigirse contra el deudor y los acreedores que se hayan adherido a la PAC, pues según las normas generales del incidente concursal se entiende como personas demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora (art.193.1 LC).

C) Causas de oposición

Los legitimados para oponerse a la aprobación de la PAC pueden hacerlo por los motivos o causas previstas en el art.128 LC. Estas causas, que delimitan el alcance objetivo del control de legalidad y de oportunidad sobre la PAC que supone la oposición a su aprobación, designan aquellos vicios o defectos que afectan a la formación de la PAC y que impiden a ésta desplegar los efectos que le son propios, defectos que de conocerse con posterioridad al inicio de su eficacia la harían cesar perjudicando a los acreedores al impedir la satisfacción de sus intereses. Estas causas previstas en el art.128 LC deben entenderse, asimismo, en orden a respetar la finalidad de favorecimiento del convenio, como una lista exhaustiva y cerrada de motivos para oponerse a la aprobación

del convenio⁶⁴², y pueden agruparse en función de si los defectos que recogen son subsanables o no, distinción que determina el contenido y efectos de la resolución judicial que resuelve la oposición.

Las causas de oposición a la aprobación anticipada del convenio por defectos subsanables son la infracción de la forma y contenido de las adhesiones. Al igual que sucede en el control de la legalidad que el juez lleva a cabo en el momento de la admisión a trámite en relación a las adhesiones que deben acompañar a la PAC en su presentación, las adhesiones emitidas una vez admitida a trámite la propuesta han de cumplir los requisitos de forma y contenido exigidos en el art.103 LC: las adhesiones deben ser puras y simples, sin introducir modificaciones ni condicionamientos, expresar la cuantía del crédito y su clase y emitirse mediante comparecencia ante el secretario del juzgado o mediante instrumento público⁶⁴³.

Las adhesiones emitidas antes de la presentación de la PAC ya fueron examinadas por el juez en la admisión a trámite, sin embargo las que se emitieron con posterioridad no han superado hasta entonces ningún control de legalidad. En este momento del procedimiento, pues, se presenta la oportunidad a los acreedores no adheridos y a la administración concursal de alegar las posibles infracciones en alguno de los requisitos de las adhesiones posteriores, si bien de ser subsanadas no impiden la aprobación del convenio.

⁶⁴² Vid. Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 128”, en José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS, Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1371-1390.

⁶⁴³ Vid. *supra*, págs.340-343.

Dentro de las causas de oposición por defectos no subsanables, puede distinguirse entre aquellas relativas a la legalidad del convenio y la referente a la oportunidad del mismo. En cuanto a las primeras, es causa de oposición por defecto insubsanable, en primer lugar, la infracción de las normas sobre el contenido del convenio⁶⁴⁴. La legalidad sobre el contenido del convenio fue examinada por el juez en la admisión a trámite de la PAC. Y aunque una vez admitida a trámite la propuesta de convenio no puede ser modificada en ningún caso, la LC establece un nuevo control sobre la legalidad de su contenido. Este nuevo control está plenamente justificado en el caso de la PAC, pues recordemos que su admisión a trámite, y el control de legalidad del contenido de la PAC que a través de ella se realiza, se produce cuando aún no son definitivos los textos del informe de los administradores concursales y de la lista de acreedores y por consiguiente debe existir un control que garantice que, una vez sean definitivos aquellos textos, el contenido de la PAC se adecua a ellos y, en especial, no altera la clasificación ni la cuantía de los créditos fijadas en la lista de acreedores (art.100.3 LC)⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Sobre el significado de la expresión *contenido legal del convenio* y su extensión a las infracciones relativas a los documentos del plan de pagos y del plan de viabilidad, vid. SAP de Pontevedra (sección 1ª) de 20 de enero de 2010. Esta resolución, que resuelve un recurso de apelación de la sentencia estimando causa de oposición por infracción del contenido legal del convenio consistente en la inclusión en el plan de pagos de una cláusula de cesión global del patrimonio del deudor, no incorporada en la propuesta, desestima la pretensión del apelante basada en que sólo el convenio puede ser objeto de control judicial por esta causa de oposición y no las previsiones contenidas en el plan de pagos o el plan de viabilidad. El tribunal concluye que la causa de oposición por infracción del contenido de la propuesta incluye también la infracción del contenido en los documentos que acompañan a la misma.

⁶⁴⁵ Más difícil de justificar resulta, en cambio, este control de legalidad del contenido del convenio en el caso de la propuesta ordinaria de convenio, en la medida

Asimismo, constituye una causa de oposición por defecto insubsanable la emisión de la adhesión o adhesiones decisivas para la aceptación de la PAC por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenida mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios. El adjetivo *decisivas* en relación a las adhesiones afectadas por la causa de oposición indica que la existencia de adhesiones emitidas por quien no fuere titular legítimo u obtenida mediante maniobras no impide necesariamente la aprobación del convenio. Así, de presentarse tales circunstancias en adhesiones que no sean decisivas para la aceptación de la PAC, estas son anuladas pero ello no implica necesariamente el rechazo del convenio, pues este puede ser aprobado si a pesar de las adhesiones anuladas sigue existiendo la mayoría de adhesiones necesaria para la aceptación del convenio. Por lo tanto, la falta de titularidad del crédito o las maniobras contrarias a la paridad de trato deben afectar, para consistir en una causa de oposición al convenio de carácter insubsanable, no a cualquier adhesión sino a aquellas sin las cuales no se hubiese alcanzado la mayoría legalmente exigida para considerar la PAC aceptada.

En cuanto a las circunstancias que pueden afectar a estas adhesiones decisivas e impedir la aprobación de la PAC, encontramos en primer lugar la titularidad no legítima del crédito. Titular legítimo de un crédito concursal es todo aquel acreedor que aparezca en la relación de los acreedores incluidos en el texto

en que ésta es admitida a trámite en la fase de convenio, cuando la lista de acreedores ya es definitiva.

definitivo de la lista de acreedores elaborada por la administración concursal⁶⁴⁶, lista que expresa, entre otras circunstancias, la identidad de cada acreedor, la causa y cuantía del crédito del que sea titular (art.94 LC). Teniendo esto en cuenta, una primera situación que podría denunciarse a través de esta causa de oposición es la adhesión decisiva para la aprobación de la PAC por parte de quien no conste como titular del crédito en la lista de acreedores o no lo haga por la cantidad pretendida. Esta situación puede ser frecuente en la tramitación de la PAC, donde hasta el momento de la aprobación no se ha procedido al control de legalidad de las adhesiones emitidas con posterioridad a la admisión a trámite de la PAC, adhesiones que pueden haberse emitido incluso con anterioridad a la elaboración de la lista de acreedores por quien finalmente resulte excluido de la lista de acreedores o reconocido por una cuantía inferior a la pretendida⁶⁴⁷, a diferencia de lo que sucede con la propuesta de convenio aceptada en junta de acreedores, donde antes de proceder a la deliberación y votación de la propuesta el secretario de la junta debe confeccionar la lista de asistentes a la junta, confeccionada sobre la base del texto definitivo de la lista de acreedores, y gracias a la cual se puede constatar que los asistentes son acreedores incluidos en la lista de acreedores. Así, pues, puede resultar una situación más frecuente que en una propuesta aprobada en junta, pero su existencia puede ser detectada fácilmente, especialmente por la administración concursal.

⁶⁴⁶ Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, tomo III, págs.2393-2423.

⁶⁴⁷ En la verificación, como advertimos, no hay un examen de los requisitos formales y materiales de las adhesiones, únicamente se comprueba si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría exigida. Vid. *supra*, págs.494-496.

En cambio, mayores dificultades de prueba plantea el segundo tipo de situaciones que esta causa de oposición comprende y que consisten en que si bien la adhesión emitida se corresponde con lo que consta en la lista, ésta contiene, por un lado, un reconocimiento erróneo del acreedor titular de un crédito legítimamente reconocido⁶⁴⁸ o, por otro, un reconocimiento erróneo tanto del crédito como de su titular, ya sea porque el crédito es ficticio o porque su cuantía no se corresponde con la realidad. Si bien la falta de impugnación de la lista de acreedores impide plantear con posterioridad la modificación de su contenido (art.97 LC), es plenamente consistente con la finalidad de satisfacción de los acreedores que la administración o los mismos acreedores, al conocer con posterioridad a la redacción definitiva de la lista de acreedores un error en la misma que afecte a adhesiones decisivas para la aprobación de la PAC, puedan denunciar tal circunstancia a través del trámite de la oposición, pues de lo contrario se permitiría la aprobación de una PAC cuya viabilidad puede estar influenciada por aquel reconocimiento erróneo en la lista de acreedores que impida una mejor satisfacción al conjunto de acreedores ordinarios.

La segunda circunstancia que puede afectar a adhesiones decisivas para la aprobación de la PAC y constituir causa de oposición a la misma es la existencia de maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios.

A pesar de que se ha interpretado esta referencia a la paridad de trato entre los

⁶⁴⁸ SALA REIXACHS describe como supuesto paradigmático de este tipo de situaciones el de la cesión por parte de un acreedor concursal de su crédito a un tercero sin que éste comunique la cesión antes de emitir su adhesión o voto, vulnerando de esta manera el art.122.2 LC. Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.1371-1390, 1384.

acreedores ordinarios como la consagración de la *par conditio creditorum* como límite específico a la autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del convenio⁶⁴⁹, ya vimos que la LC permite el trato singular entre acreedores ordinarios o, dicho de otra manera, una disparidad de trato entre ellos y por lo tanto no es aquel un principio o límite del contenido del convenio. Ahora bien, aún y permitir el trato singular entre los acreedores ordinarios, su aceptación ha de cumplir unos determinados requisitos (art.125 LC), en concreto una regla especial de adhesión o votación, ya analizada y que se justifica para garantizar que el trato singular no sea del interés únicamente de los afectados por el trato sino del conjunto de acreedores (art.125 LC)⁶⁵⁰. Todo trato desigual o dispar que no respete esos requisitos debe considerarse fraudulento a los efectos del art.128 LC. Así, cabe entender que las maniobras que constituyen causa de oposición a la aprobación del convenio se refieren a aquellas actuaciones entre el deudor y algunos acreedores o las de éstos entre sí dirigidas a favorecer a los acreedores implicados en perjuicio de los demás acreedores ordinarios en orden a conseguir la aceptación de la PAC con el apoyo de los acreedores beneficiados y evitando la aplicación de la regla especial de votación. Cabe reconocer, por último, que se trata de actuaciones difíciles de acreditar y que por consiguiente pueden presentar problemas de prueba, como ya sucedía con las inteligencias fraudulentas de la LSP (art.16) y del Ccom (art.903).

⁶⁴⁹ En este sentido, vid. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, La Ley, Madrid, 2007, pág.162.

⁶⁵⁰ Vid. *supra*, págs.268-275.

Finalmente, constituye causa de oposición por defecto insubsanable la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio. Esta causa de oposición supone una novedad destacable respecto al Derecho concursal anterior⁶⁵¹, al no tratarse, a diferencia de lo que sucede con las causas de oposición descritas hasta el momento, de una causa de oposición relativa a la legalidad del convenio sino a su oportunidad. Sin embargo, más allá de esta afirmación sobre la que conviene toda la doctrina⁶⁵² y de la exigencia de que la inviabilidad sea objetiva, en el sentido de no tratarse de una inviabilidad basada en meras apreciaciones subjetivas de quien alegue la causa de oposición sino en datos verificables⁶⁵³, no precisa la LC el objeto de la valoración del juez a la hora de decidir sobre la estimación o desestimación de dicha causa. Esto ha llevado a la doctrina, coincidente también en la crítica a la indeterminación del art.128 LC en esta causa de oposición y a las dificultades de prueba que tal indeterminación acarrea⁶⁵⁴, a intentar delimitar su contenido. Así, se ha dicho que la decisión del

⁶⁵¹ Vid., arts.16 LSP y 902 Ccom.

⁶⁵² Vid. por todos, Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, págs.166-169.

⁶⁵³ Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.2393-2423, para quien la exigencia de objetividad comporta una valoración por parte del juez rigurosa de la situación, una constatación muy fundada y no una mera impresión o probabilidad incierta, ni tampoco la mera intuición o sospecha de aquella inviabilidad. En el mismo sentido, vid. SAP de Valencia (sección 9ª) de 20 de febrero de 2007.

⁶⁵⁴ Vid. por todos, Horst Antonio HÖLDERL FRAU, *El convenio en la quiebra y en la Ley concursal*, *op.cit.*, págs.360-363. A nivel jurisprudencial, vid. nuevamente SAP de Valencia (sección 9ª) de 20 de febrero de 2007, que en su Fundamento de Derecho Cuarto destaca los problemas en materia de prueba y la incertidumbre para acreditar la inviabilidad del cumplimiento de un convenio.

La crítica de la doctrina no se limita a la indeterminación de esta causa de oposición sino a su propia existencia, por tratarse, se dice, de una causa que se puede convertir en vía discrecional para objetar convenios ya aceptados por mayoría. En este sentido, vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.2393-2423,

juez implica valoraciones económico-financieras y contables relativas al contenido del convenio pero sin atender al hecho de que el convenio sea más beneficioso para los acreedores que la liquidación o a otros parámetros⁶⁵⁵. Para otros, la valoración del juez ha de llevar a la convicción de que el convenio, en los términos en que ha sido aceptado, con la información disponible y con previsiones ciertas, no podrá ser, razonablemente, cumplido⁶⁵⁶. Finalmente, se ha afirmado que la causa no puede referirse a la inviabilidad absoluta puesto que la imposibilidad absoluta de cumplimiento de un convenio se integra dentro de las infracciones a las normas legales sobre contenido del convenio⁶⁵⁷.

A nuestro parecer, es claro que esta causa no recoge los supuestos de objeto imposible (art.1272 Cc), es decir aquellos supuestos en que el objeto del convenio consiste en cosas inexistentes o servicios imposibles de realizar en el

quien opina que ya existen mecanismos para aquellos casos en que circunstancias sobrevenidas alteran las previsiones del plan de viabilidad y dificultan el cumplimiento del convenio en sus propios términos, como es la rescisión del convenio y la apertura de oficio de la liquidación. Pero esta crítica no tiene en cuenta el fundamento del trámite de la oposición, que consiste precisamente en impedir que convenios que se conoce que no podrán ser cumplidos lleguen a desplegar su eficacia y de esta manera evitar la rescisión del convenio y consiguiente apertura de la fase de liquidación, reduciendo así los costes del concurso y favoreciendo la solución pactada al concurso.

En cambio, GUTIÉRREZ GILSANZ juzga como positivo en garantía de los derechos de los acreedores, en especial los minoritarios, que el juez se haya de pronunciar sobre la oportunidad del convenio, llegando incluso a proponer que el juez realice esta labor también de oficio. Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 128”, en AAVV, *Comentarios...*, págs.1207-1227.

⁶⁵⁵ Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, págs.166-169.

⁶⁵⁶ Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.2410-2411.

⁶⁵⁷ Vid., Alberto DÍAZ MORENO, “Comentario al artículo 128 LC”, *op.cit.*, págs.2139-2168.

momento de su presentación, pues esta causa debe canalizarse, como se ha afirmado, por la infracción del contenido del convenio (art.128.1 LC), que, de detectarse con posterioridad al inicio de su eficacia se convierte en causa de nulidad del convenio⁶⁵⁸. En cambio, la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio sí debe englobar en primer lugar aquellos supuestos en que el cumplimiento de la PAC en los términos en los que es presentada ante el juez del concurso, si bien es posible en el momento de su presentación, se torna imposible con posterioridad. Si esta circunstancia tiene lugar con posterioridad al inicio de la eficacia del convenio, puede obligar al deudor a pedir la liquidación (art.142.2 LC) o bien permitir a los acreedores afectados solicitar la declaración de incumplimiento y consiguiente rescisión del convenio (art.140.1 LC). Son precisamente estas consecuencias, la rescisión del convenio y el inicio de la fase de liquidación, las que el trámite de la oposición persigue evitar, es decir que propuestas de convenio que finalmente no pueden cumplir con la finalidad de satisfacer a los acreedores lleguen a desplegar parcialmente sus efectos, reduciendo de esta manera los costes del concurso e incluso permitiendo una solución al concurso pactada entre el deudor y sus acreedores, si bien en fase de convenio. Por tanto, es plenamente consistente con el fundamento de la oposición y con las finalidades de la PAC que tales supuestos puedan alegarse a través de la causa de oposición relativa a la falta de viabilidad objetiva del convenio y no esperar a que en la fase de ejecución se evidencie su incumplimiento.

⁶⁵⁸ Vid. *supra*, págs.409-414.

Y en segundo lugar, y por servir igualmente a aquellas finalidades, la causa de oposición relativa a la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio también debe incluir aquellos otros supuestos en que la inviabilidad del cumplimiento del convenio viene provocada por la inviabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, que, si bien es un concepto distinto, condiciona claramente a la primera, de manera que la PAC, a pesar de haber sido aceptada por los acreedores, no resulta la solución que maximiza la satisfacción de los acreedores y por lo tanto no es una solución viable en los términos en que definimos la viabilidad en este trabajo⁶⁵⁹.

Delimitado el objeto de la valoración de esta causa de oposición, cabe decir que sobre la viabilidad de la PAC ya se han pronunciado los acreedores en un momento anterior al del plazo de oposición. En efecto, los acreedores manifiestan su valoración sobre la viabilidad del cumplimiento del convenio en el momento de decidir sobre si emitir su adhesión a la propuesta de convenio y si la propuesta es aceptada por la mayoría de acreedores exigida entonces se entiende que el convenio es la solución que a su parecer mejor satisface sus intereses y por consiguiente es viable. Sin embargo, por diversos motivos la PAC aceptada por los acreedores puede no resultar la solución viable que maximiza sus intereses.

Así, en primer lugar, la aceptación de la PAC puede haberse producido por conductas estratégicas de los acreedores mayoritarios en perjuicio de los

⁶⁵⁹ Vid. *supra*, págs.325-336.

acreedores minoritarios, de tal manera que la PAC no resulta ser la solución que maximiza la satisfacción del conjunto de acreedores ordinarios sino sólo de algunos de ellos. Así, la PAC puede haberse aceptado por la adhesión de un acreedor mayoritario que persigue únicamente su propio interés y no el del conjunto de acreedores. Es desde la perspectiva que proporciona esta situación, en la que debe articularse un mecanismo de protección de los acreedores minoritarios evitando a su vez que estos puedan actuar estratégicamente en el uso de la oposición a la aprobación del convenio, que debe entenderse la legitimación reforzada para oponerse a la aprobación del convenio que exige el 5% del pasivo ordinario, aunque se hayan alzado numerosas voces doctrinales en contra de ella⁶⁶⁰.

En segundo lugar, pueden acontecer sucesos no relacionados con la formación estratégica de la voluntad del conjunto de acreedores sino con la situación económica o patrimonial del deudor o con las obligaciones que nacen de la PAC que impidan que se confirme que la PAC aceptada es la mejor solución para los acreedores, circunstancias que los acreedores pueden desconocer. Es por este motivo que la LC legitima también a la administración concursal para oponerse al convenio por la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, legitimación que responde de nuevo al conocimiento que tiene sobre la situación

⁶⁶⁰ Vid., Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.1371-1390, para quien la legitimación reforzada es desacertada pues si el convenio es objetivamente inviable y de imposible cumplimiento debería estar legitimado para impugnarlo cualquier acreedor, con exclusión del porcentaje que represente.

En cambio, GUTIÉRREZ GILSANZ entiende esta legitimación reforzada como una cautela para evitar prácticas meramente dilatorias por parte de los acreedores. Vid, Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, págs.135-136.

económica y patrimonial del deudor y de la propuesta de convenio. De hecho, la administración concursal ya ha llevado a cabo un control sobre la oportunidad y viabilidad del convenio, en el momento de la evaluación de la PAC posterior a su admisión a trámite. Si la situación patrimonial del deudor no sufre cambios sustanciales, cabe esperar que la consideración de la administración concursal sobre la viabilidad de la PAC sea la misma que la emitida en aquel momento. De esta manera, en el trámite de la oposición a la aprobación del convenio la administración concursal o bien se limitará a reproducir las consideraciones ya realizadas en la evaluación o bien alegará circunstancias acontecidas o conocidas con posterioridad a la evaluación de la PAC, ya consistan en hechos flagrantes sucedidos a lo largo de la tramitación de la PAC que convierten el cumplimiento del convenio en difícil⁶⁶¹ o en supuestos en que de manera menos evidente, especialmente para los acreedores, el contenido de la PAC ha dejado de ser la solución que maximiza el valor del patrimonio del deudor. En estos últimos supuestos cobra todo su sentido la posibilidad de que la administración concursal se oponga a la aprobación del convenio⁶⁶².

⁶⁶¹ En la SJM núm.1 de Palma de Mallorca de 23 de octubre de 2007, el juez estima la oposición planteada por la administración concursal por inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, basada en el cese de la actividad profesional y el cierre de los locales en los que se desarrollaba la actividad empresarial, acontecimientos acaecidos con posterioridad a la presentación de la PAC. Es este un supuesto claro de inviabilidad puesto que al contar con los recursos obtenidos por la actividad empresarial para dar cumplimiento a la propuesta al desaparecer los recursos necesarios para desarrollar la actividad empresarial aquel cumplimiento se torna imposible (Fundamento de Derecho Segundo). Por su parte, en la SAP Valencia (sección 9ª) de 20 de febrero de 2007 se valora la inviabilidad del convenio por un cambio de calificación del crédito ostentado por la recurrente, que pretendía que su crédito pasase a ser considerado como crédito contra la masa, cambio en la calificación que de ser admitido afectaba el calendario de pagos contenido en el convenio.

⁶⁶² En este sentido, vid, Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, págs. 130-132. En cambio, cuestionan la legitimación de la administración concursal en esta causa de oposición, entre otros,

D) Tramitación de la oposición

El cauce previsto por la LC para tramitar la oposición al convenio es el incidente concursal (art.129 LC), regulado en los art.192-196 LC. La demanda incidental planteada por la administración concursal o los acreedores se debe presentar en la forma prevista en el art.399 LEC: expresando los datos que identifiquen el demandante, la exposición de los hechos que suponen la causa de oposición de forma clara y ordenada, los fundamentos de derecho en los que se sustenta la causa de oposición al convenio, y la petición del demandante, que no puede ser otra que la subsanación de la causa de oposición o el rechazo de la aprobación del convenio de ser la causa de oposición insubsanable.

Ante la presentación de la demanda de oposición, el juez debe realizar un control de admisibilidad de la misma y si estima que la cuestión planteada es impertinente, por no basarse en ninguna de las causas de oposición previstas en la LC, o carece de la entidad necesaria para tramitarla a través del incidente, inadmite la demanda mediante auto, contra el cual puede interponerse recurso de apelación (art.194.2 LC). Por el contrario, si procede su admisión a trámite, el juez dicta providencia admitiendo a trámite la oposición y emplazando a las demás partes personadas. A pesar de que la regulación del incidente concursal

Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.907-908, quien cuestiona el reconocimiento de legitimación a la administración concursal, ya que no se aprecia cómo puede afectarle el convenio de forma distinta a los acreedores. Al respecto debemos recordar el fundamento, a nuestro parecer, de la legitimación de la administración concursal para oponerse a la aprobación del convenio, que no es la afectación de sus intereses sino su posición privilegiada en cuanto al conocimiento de la situación patrimonial y económica del deudor y de la viabilidad de la propuesta de convenio.

no lo prevé expresamente, se entiende, por economía procesal y en concordancia por tanto con la finalidad de reducir los costes del concurso asignada a la PAC, que si fuesen varios los acreedores que presentasen demanda de oposición el juez debe acumular de oficio las diversas acciones (arg. *ex art.73 LEC*)⁶⁶³. Las partes demandadas, esto es el deudor y los acreedores adheridos a la PAC, disponen de diez días para contestar a la demanda. A partir de la contestación de la demanda se sigue la tramitación del juicio verbal (art.194.4 LC).

El régimen general del incidente concursal establece que éste no suspende el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el juez acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por la resolución que se dicte (art.192.2 LC). Esta norma debe coordinarse con la específica regulación de la tramitación de la oposición, que permite al juez, en el momento de admitir a trámite la oposición y emplazar al resto de partes para que contesten, acordar las medidas cautelares que crea convenientes para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí misma, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, si finalmente se desestimase la

⁶⁶³ A favor, vid, Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, pág.171. Sin embargo, no es esta opinión compartida por toda la doctrina. Así, se expresa en contra de ella, Carmen SENÉS MOTILLA, “La tramitación del procedimiento concursal”, *op.cit.*, págs.593-594, quien limita la sustanciación conjunta de las demandas sobre una misma cuestión a los supuestos expresamente previstos por la LC (arts.96.4 y 171.1 LC) y recuerda que mientras el Proyecto de Ley Concursal establecía en su art.192.3 que cuando se planteran incidentes concursales por distintas partes respecto de la misma cuestión, se acumularían de oficio, sustanciándose conjuntamente y resolviéndose mediante una única sentencia, esta previsión fue suprimida por la LC, lo que, a su parecer, si bien no supone la imposibilidad de la acumulación de las impugnaciones concursales, reduce su ámbito a los supuestos expresamente previstos por la ley.

oposición (art.129.4 LC)⁶⁶⁴. En efecto, la función de estas medidas cautelares es la de hacer posible la efectividad de un convenio concursal ya aceptado, que podría verse perjudicada por el peligro de mora procesal. Así, el juez puede acordar la eficacia parcial del convenio y ordenar el cumplimiento del convenio aceptado bajo las condiciones provisionales que determine (arts.133.1 y 129.4 LC). Estas medidas cautelares tienden a anticipar el resultado del proceso y sirve de medida disuasoria a aquellos que pretendan utilizar el trámite de la oposición con fines meramente dilatorios, especialmente en aquellos supuestos en que la causa de oposición consiste en una infracción formal y por tanto subsanable.

E) Resolución judicial que resuelve la oposición

El incidente de oposición se resuelve mediante sentencia (art.129 LC), que puede ser o bien estimatoria de la oposición y por consiguiente rechazar la aprobación del convenio o conceder un plazo para subsanar la infracción detectada, o bien desestimatoria de la oposición y por tanto aprobar el convenio.

En caso de estimación de la oposición, el contenido ulterior de la sentencia depende de la causa de oposición que se haya alegado, es decir si estamos ante la infracción de la forma y contenido de las adhesiones por un lado, o si se trata de la infracción de normas sobre el contenido del convenio, sobre la emisión de las adhesiones o de inviabilidad objetiva del convenio, por otro. El art.129 LC

⁶⁶⁴ Vid., Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 129”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.2425-2438.

guarda silencio sobre las consecuencias de la estimación de la oposición por infracción de la forma y contenido de las adhesiones. Si bien la Disposición final quinta LC prevé la aplicación supletoria de la LEC en aquello no previsto en la LC, nos parece que no procede en este caso la aplicación del régimen de la nulidad de las actuaciones de la LEC puesto que la identidad de fundamento que existe entre la oposición y el rechazo de oficio por parte del juez en cuanto al control de legalidad que llevan a cabo sobre el convenio, y más en concreto sobre el control de las infracciones de la forma y contenido de las adhesiones, para evitar que un convenio afectado de vicios en su formación llegue a desplegar su eficacia, permite la aplicación analógica en este caso de lo previsto para el rechazo de oficio, respecto del cual el art.131.2 LC sí prevé las consecuencias de la estimación de la causa de rechazo de oficio por infracción de la forma y contenido de las adhesiones⁶⁶⁵. Nos parece que esta aplicación analógica, que defendemos más adelante para otras cuestiones⁶⁶⁶, se adapta mejor al régimen de la PAC y es más consistente con las finalidades de la PAC que el régimen de la LEC, que no prevé un plazo máximo como sí contempla la LC⁶⁶⁷. De esta manera, la sentencia estimatoria de tal causa de oposición debería contener la concesión del plazo de un mes para que los acreedores puedan

⁶⁶⁵ Vid., Francisco Javier MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, *La oposición a la aprobación...*, *op.cit.*, págs.138-139, quien defiende la aplicación analógica del art.131 LC a la oposición a la aprobación del convenio.

⁶⁶⁶ Vid. *infra*, págs.502 y 505-507, en relación al plazo del que dispone el juez para llevar a cabo el control de la legalidad de oficio en que consiste el rechazo de oficio y en relación a la forma que debe adoptar la resolución judicial de rechazo de oficio del convenio.

⁶⁶⁷ El art.231 LEC únicamente prevé que el tribunal y el secretario judicial cuiden de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes.

subsana los defectos detectados y vuelvan a formular sus adhesiones con los requisitos exigidos⁶⁶⁸.

La sentencia que estime la oposición por el resto de causas de oposición, es decir, por infracción legal en el contenido del convenio y por inviabilidad objetiva de su cumplimiento o por la existencia de adhesiones emitidas por quien no es titular legítimo del crédito u obtenidas mediante maniobras que afectan a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios y que sean decisivas para alcanzar la mayoría exigida para considerar aceptada la PAC, rechaza el convenio directamente, sin posibilidad de subsanación. Como veremos más adelante⁶⁶⁹, si la sentencia rechaza el convenio por la infracción, no subsanada, de las normas sobre la forma y contenido de las adhesiones decisivas, así como por la emisión de las adhesiones decisivas por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenida mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios, la sentencia debe contener además el requerimiento al deudor para que manifieste si mantiene la PAC para su sometimiento a la aceptación de los acreedores en fase de convenio (art.110 LC).

Contra la sentencia que estime la oposición por defectos no subsanables cabe plantear recurso de apelación (art.129.3 LC). Esta norma supone una excepción al régimen general en materia de recursos previsto en el art.197 LC, que no admite recurso alguno contra las sentencias dictadas en incidentes concursales

⁶⁶⁸ Vid, José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, “Conclusión del concurso”, *op.cit.*, págs.173-205.

⁶⁶⁹ Vid. *infra*, págs.530-534.

promovidos en la fase común o en la de convenio, aunque las partes pueden reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días (art.197.4 LC). Este régimen de recursos, que resulta aplicable de forma general cuando no exista regla especial sobre recursos aplicables a resoluciones concursales específicas, difiere a su vez de la regla del art.455.1 LEC, que entiende recurribles las sentencias dictadas en todo tipo de juicios siempre que ocasionen un perjuicio⁶⁷⁰. La justificación de este régimen de recursos propio y especial para determinadas resoluciones concursales, que se aleja del principio que rige en la LEC, reside en la voluntad del legislador de evitar dilaciones en el procedimiento concursal, asegurando un procedimiento, ágil, rápido y por consiguiente poco costoso⁶⁷¹, en clara consistencia con las finalidades de la PAC, y que sólo se excepciona en supuestos determinados, en que se sacrifica la agilidad y celeridad del procedimiento para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los intervinientes en el concurso, como el que estamos analizando relativo a las sentencias que rechazan la aprobación del convenio por causas de oposición no subsanables.

Sin embargo, nada establece el art.129 LC sobre la posibilidad de recurrir las resoluciones que estimen las demás causas de oposición. Este silencio del legislador es comprensible respecto a las sentencias que estiman causas subsanables, puesto que en tales supuestos la sentencia no contiene un

⁶⁷⁰ Vid., José Ramón PARRA BAUTISTA, *El régimen de recursos en la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2010, pág.10.

⁶⁷¹ Vid. José Luis LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, “Comentario al artículo 197.1 a .6”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.3173-3177.

pronunciamiento rechazando el convenio y no es definitiva, sino que se limita a conceder un plazo para subsanar la infracción en la forma o contenido de las adhesiones. Es, en todo caso, respecto de la sentencia que rechace el convenio por defectos subsanables una vez consumido el plazo para subsanar las infracciones detectadas sin que se haya procedido a dicha subsanación que se debe plantear si cabe recurso de apelación o no, si debe aplicarse el régimen general del 197.4 LC que proclama la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio o bien permitir el recurso de apelación por aplicación analógica de lo previsto en el art.129.3 LC respecto a las sentencias que estimen la oposición por causas no subsanables.

Teniendo en cuenta que esta última norma constituye, como acabamos de apuntar, una excepción a la regla general de irrecurribilidad de las sentencias dictadas en determinados incidentes concursales que sirve a una de las finalidades de la PAC, la de reducir los costes concursales, al buscar un procedimiento menos lento y menos costoso, debe interpretarse restrictivamente, sin poder alcanzar su ámbito de aplicación a supuestos no previstos de forma explícita por el legislador. Desde nuestra aproximación metodológica al régimen jurídico de la PAC, la excepción a una norma que sirve a una de las finalidades de la PAC debe poder justificarse por servir a otras finalidades de la PAC que cumplan de mejor manera con la función del concurso. No parece que conceder el recurso de apelación, dilatando el procedimiento y aumentando su coste, en un supuesto de rechazo del convenio por motivos no de fondo sino formales, para cuya subsanación ya prevé un plazo

la LC, satisfaga a los acreedores en mayor medida que no concederlo y evitar la posible suspensión del procedimiento acordada por el juez, siguiendo el procedimiento su curso, con más celeridad y a un coste menor, con el mantenimiento de la PAC no aprobada o con la presentación de una nueva propuesta de convenio. Por ello, el silencio del legislador respecto a la posibilidad de recurso de las resoluciones que rechacen el convenio por estimación de los demás supuestos de oposición que no sean la infracción del contenido del convenio o la inviabilidad objetiva de su cumplimiento debe interpretarse en el sentido de no admitir recurso alguno contra la sentencia que rechace la aprobación del convenio por aquellas causas⁶⁷².

Por otro lado, si el juez desestima la oposición, debe dictar sentencia aprobatoria del convenio. En ningún caso el juez puede modificar el contenido del convenio, pues debe respetar el principio de inmodificabilidad de la propuesta de convenio una vez admitida a trámite (art.114.2 LC), aunque la LC sí le otorga la facultad de fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. Aunque alguna doctrina ha criticado esta facultad concedida al juez del concurso por infringir el principio de congruencia y justicia rogada, así como por conllevar el riesgo de dar una nueva

⁶⁷² Vid. Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 129”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.911-922, a favor de aplicar, ante el silencio del art.129 LC, la norma general del art.197.3 LC y no el régimen general de la LEC. En sentido contrario, Modesto DE BUSTOS, “Comentario al artículo 129”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, *op.cit.*, págs.639-643.

interpretación al convenio, no querida por acreedores y concursado⁶⁷³, lo cierto es que resulta plenamente consistente con el significado del trámite de la oposición y del rechazo de oficio ya expuesto, esto es el de constituir mecanismos para evitar que un convenio que sufra de vicios en su formación llegue a desplegar sus efectos, puesto que evita que un convenio con cláusulas que puedan ser interpretadas en un sentido que las convierta, con posterioridad a la aprobación del convenio, en causas de nulidad sea finalmente anulado⁶⁷⁴. Por ello, en este contexto, una *correcta interpretación* del convenio exige del juez que en aquellos supuestos en que una cláusula del convenio pueda ser interpretada en diversos sentidos, uno que lleve a privar al convenio de efectos, por resultar una causa de oposición o posteriormente de nulidad o anulabilidad, y otro que lleve a producirlos, opte por este último. Asimismo, al facilitar la eficacia del convenio evitando que sea anulado, esta facultad del juez es consistente, por un lado, con la finalidad de la PAC de favorecer el convenio y que por tanto el concurso concluya con una solución pactada a la insolvencia del deudor y, por el otro, con la de satisfacer a los acreedores, pues parece claro que no colma sus intereses el hecho de incorporar al convenio que prevé la satisfacción de sus créditos disposiciones que impidan su eficacia⁶⁷⁵.

⁶⁷³ Vid. Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 129”, en José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS y Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1390-1407.

⁶⁷⁴ Vid. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “Comentario al artículo 129”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU y Carmen ALONSO LEDESMA, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1228-1233.

⁶⁷⁵ Esta *correcta interpretación* que se permite al juez, por otro lado, queda reflejada en el principio de conservación del contrato acogido por el art.1284 Cc, en virtud del cual si alguna cláusula de un contrato admitiere diversos sentidos, debe entenderse en el más adecuado para que produzca efectos. Vid., Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op.cit.*, págs.495-513, quien afirma que a esa misma conclusión puede

El juez, además de fijar la correcta interpretación cuando sea necesario, también puede subsanar errores materiales o de cálculo. Esta última previsión no es más que la concreción en materia concursal del art.214 LEC, según el cual los tribunales no pueden variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material manifiesto y aritmético de que adolezcan.

La sentencia aprobatoria del convenio, según el art.197.5 LC, es recurrible en apelación, recurso que se tramita con carácter preferente.

2.2.2. Rechazo de oficio del convenio aceptado

Además de la oposición a la aprobación del convenio, que supone un control de la legalidad y oportunidad del convenio a instancia de parte, la LC prevé un control de oficio únicamente de la legalidad del convenio por parte del juez, asignándole el deber de rechazar la aprobación del convenio cuando en éste concurren determinadas circunstancias. El significado de este control es el mismo que el de la oposición, es decir un mecanismo previsto en la LC para evitar que un convenio que sufra de vicios en su formación llegue a iniciar sus efectos y su anulación posterior al inicio de dichos efectos perjudique a los acreedores y a los terceros en general debido a los costes que semejante situación les haría soportar. Así, al igual que la oposición, el rechazo de oficio

llegarse también partiendo de la idea de que ha de presuponerse una cierta dosis de racionalidad en los contratantes, que no pudieron buscar disposiciones inútiles.

debe ser el resultado del examen de la legalidad de la PAC consistente en constatar el cumplimiento de todas las normas relativas al contenido del convenio y a la forma y contenido de las adhesiones emitidas por los acreedores. Sin embargo, a diferencia de la oposición, el rechazo de oficio no supone un control de la oportunidad del convenio, cuestión sobre la que el juez no puede entrar a conocer de oficio, y por lo tanto se configura como un estricto control de la legalidad del convenio aceptado por los acreedores.

A) Plazo para rechazar de oficio el convenio

El art.131 LC guarda silencio sobre el plazo del que dispone el juez para proceder a realizar el control de legalidad del convenio en función del cual puede rechazarlo de oficio. A falta de una mención expresa por parte de la LC para el plazo de este trámite, la Disposición final quinta LC nos haría recurrir a la aplicación supletoria de la LEC. Sin embargo, en atención a la identidad de fundamento que hemos defendido que existe entre el rechazo de oficio y la oposición a la aprobación, que permite, sin necesidad de recurrir a la aplicación supletoria de la LEC, la aplicación analógica de normas previstas para un trámite a cuestiones no resueltas expresamente en la LC relativas al otro trámite, el plazo para rechazar de oficio el convenio debería ser el mismo que el de la oposición al convenio: el de diez días computados desde el siguiente a la fecha de notificación a las partes personadas del decreto que proclama el resultado de la verificación de las adhesiones presentadas (art.128 LC)⁶⁷⁶.

⁶⁷⁶ Vid. por todos, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 131”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.2448-2449.

Dentro de este plazo, el juez, haya sido o no formulada oposición, debe rechazar de oficio el convenio aceptado por los acreedores que infrinja las normas sobre el contenido del convenio o sobre la forma y contenido de las adhesiones (art.131.1 LC). La literalidad del precepto, *se haya formulado o no oposición*, permite el ejercicio simultáneo del trámite de la oposición y del trámite del rechazo de oficio, lo cual consigue reducir los costes del procedimiento, en especial el tiempo de su tramitación, ya que no se ha de esperar a que finalice un trámite para iniciar el otro. Así, el juez puede apreciar de oficio una causa de nulidad a la vez que se le plantee oposición basada en el mismo motivo o en un motivo distinto⁶⁷⁷. Este posible desarrollo simultáneo de ambos trámites obliga, para resultar consistente con aquella finalidad de reducir los costes del procedimiento, a procurar una tramitación eficaz, que no conlleve actuaciones procesales reiterativas. Así, una tramitación ágil y eficaz exigiría que si el juez detecta causas de rechazo de oficio y con posterioridad la administración concursal o los acreedores interponen demanda de oposición por causa distinta, entre a examinar en primer lugar aquellas causas de oposición o de rechazo de oficio insubsanables, pues si son estimadas no es necesario seguir con el examen de ninguna causa más, para proceder posteriormente, de ser desestimadas aquellas, al examen de las causas subsanables.

⁶⁷⁷ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 131”, en Faustino CORDÓN MORENO, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.923-929.

B) Causas de rechazo de oficio

Recogidas en el art.131 LC, las causas de rechazo de oficio de la aprobación del convenio son las mismas que las causas de oposición, excepto la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio. Así, el juez puede apreciar de oficio la infracción de las normas relativas al contenido del convenio y a la forma y contenido de las adhesiones, incluyendo dentro de esta última causa de rechazo la emisión de adhesiones por quien no fuere el titular legítimo del crédito u obtenida mediante maniobras contrarias a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios. Por consiguiente, damos por reproducidas en este apartado las consideraciones sobre cada una de estas causas de rechazo del convenio expuestas en el apartado relativo a la oposición a la aprobación⁶⁷⁸.

En cambio, en ningún caso la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio puede ser apreciada de oficio por el juez⁶⁷⁹. Esta exclusión de la inviabilidad objetiva del alcance del control sobre el convenio realizado por el

⁶⁷⁸ Vid. *supra*, págs.504-516.

⁶⁷⁹ En este sentido de negar la facultad al juez de apreciar de oficio la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio se expresan las SSJM núm.5 de Madrid de 23 de diciembre de 2008 y AP de Valencia (sección 9ª) de 20 de febrero de 2007.

No está de acuerdo, en cambio, con esta afirmación Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 131”, en José María SAGRERA TIZÓN, Alberto SALA REIXACHS y Agustín FERRER BARRIENDOS, *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.1410-1415, para quien a pesar de la literalidad del art.131 obviando la inviabilidad objetiva como causa de rechazo de oficio, la norma debe interpretarse en sentido amplio y facultar al juez para rechazar de oficio el convenio por aquella causa, puesto que otra interpretación sería exageradamente radical e impediría al juez rechazar cuestiones que infringen el orden público y el interés general, así como su labor quedaría limitada a ciertos aspectos del convenio sin tener en cuenta otros que podrían infringir su seriedad y validez. Este posicionamiento se ve reflejado también en alguna jurisprudencia. Un ejemplo es el AJM núm.1 de Málaga de 9 de julio de 2008, que rechaza de oficio la propuesta de convenio aceptada por los acreedores en base a la falta de viabilidad del cumplimiento del convenio, sin que se hubiese formulado oposición.

juez muestra el verdadero papel que éste asume en el concurso, que se limita a la legalidad y nunca a la oportunidad o viabilidad del convenio⁶⁸⁰. La inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, como vimos, sólo puede ser alegada como causa de oposición a la aprobación del convenio por los acreedores y por la administración concursal, en el primer supuesto, por reunir los incentivos oportunos para valorar la viabilidad del convenio y, en el segundo, por disponer de la información necesaria para detectar aquellas circunstancias que puedan impedir la viabilidad del cumplimiento del convenio, incentivos e información que no concurren en el juez del concurso.

C) Resolución judicial de rechazo de oficio

Finalizado el control de oficio sobre la legalidad del convenio aceptado y constatada la existencia de alguna causa de rechazo del convenio, el juez debe adoptar una resolución judicial con el resultado de dicho control. Es oportuno que nos detengamos a analizar la forma que adopta esta resolución. Y es que la redacción del art.131 LC crea dudas al respecto, puesto que únicamente la menciona en relación a la apreciación de infracción en la forma y contenido de las adhesiones, además de la infracción en la constitución o celebración de la junta que no es aplicable en la aprobación anticipada del convenio, supuestos en los que reviste la forma de auto concediendo el plazo de un mes para subsanar los vicios detectados⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Vid., José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, “Conclusión del concurso”, *op.cit.*, pág.182.

⁶⁸¹ A diferencia de la oposición, en que, sea cual sea la causa estimada y por tanto el contenido de la resolución, esta reviste siempre forma de sentencia, en el rechazo de

En cambio, nada se establece sobre la forma de la resolución judicial que ha de adoptar el rechazo de oficio cuando el juez rechace el convenio por detectar una infracción en las normas sobre el contenido del convenio o rechace el convenio después de detectarse una infracción subsanable y esta finalmente no sea subsanada. La determinación de la forma de la resolución judicial no es una cuestión baladí, puesto que afecta a los recursos que sobre la resolución puedan plantearse, en la medida en que el art.197 LC admite el recurso de reposición contra las providencias y autos que dicte el juez, mientras que contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común no cabe recurso alguno, pudiendo las partes únicamente reproducir la cuestión en la apelación más próxima.

Ante la falta de previsión expresa al respecto, debemos aplicar analógicamente lo previsto para la oposición, dado que hemos afirmado en anteriores ocasiones que el rechazo de oficio ha de interpretarse de forma integradora con el régimen de la oposición a la aprobación del convenio por constituir ambos mecanismos con un mismo fundamento y compartir identidad de razón. Esta interpretación analógica evita la aplicación supletoria del art.206 LEC, que nos llevaría a atribuir a aquella resolución la forma de auto. Desde este posicionamiento, la

oficio las resoluciones que detecten una infracción subsanable adoptan forma de auto, diferencia que responde al hecho de que la oposición se tramita a través del incidente concursal, que siempre se resuelve mediante sentencia, mientras que el rechazo de oficio en los casos expuestos constituye una decisión del juez mediante la cual declara la nulidad de determinadas actuaciones del proceso, que no es el resultado de la presentación de ninguna demanda a instancia de parte ni de la celebración de ninguna vista según la tramitación del juicio verbal, y, por tanto, reviste la forma de auto de acuerdo con lo previsto en el art.206.1.2 LEC.

forma de la resolución judicial de rechazo de oficio del convenio aceptado debe ser la misma que la de la resolución que estima la oposición por infracción del contenido del convenio, esto es forma de sentencia⁶⁸², y de esta manera permitir los mismos recursos que contra ella se admiten en sede de oposición⁶⁸³, que, según la interpretación que defendimos en su momento⁶⁸⁴, es únicamente el de apelación contra la sentencia que rechace de oficio el convenio por infracción legal en el contenido del convenio, sin admitirse recurso alguno contra la sentencia que rechace el convenio por la infracción de defectos subsanables no subsanados.

El contenido de la sentencia que emita el juez tras el control de oficio sobre la legalidad del convenio aceptado es el mismo que el de la sentencia estimatoria de la oposición⁶⁸⁵. Si la infracción cometida es relativa a la forma y contenido de las adhesiones, el juez dicta auto concediendo el plazo de un mes para que el acreedor que emitió la adhesión afectada por la infracción proceda a su

⁶⁸² Esta también es la interpretación que ha adoptado la jurisprudencia. En este sentido, la SJM n^o7 de Madrid de 12 de noviembre de 2007 afirma que “la Ley Concursal no establece expresamente la forma en que debe adoptarse la resolución rechazando de oficio el convenio; no obstante, dado que por sentencia se aprueba el convenio y también por sentencia se resuelve el incidente de oposición al mismo, parece que la sentencia debe ser el modo por el que se adopte la resolución de rechazo de oficio del convenio”.

⁶⁸³ Vid. Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 131”, *op.cit.*, págs. 2445-2455. En el mismo sentido, vid. SJM Madrid núm.7, de 12 de noviembre de 2007.

⁶⁸⁴ Vid. *supra*, págs.519-526.

⁶⁸⁵ En este sentido, aunque el art.131 LC no prevea nada al respecto, el juez también está facultado, al igual que en el trámite de la oposición, a fijar en la resolución sobre el rechazo de oficio la correcta interpretación del convenio cuando sea necesario. Así se expresa la SJM núm.1 de Madrid de 30 de enero de 2006, que aprueba la propuesta de convenio aceptada por los acreedores si bien fijando la interpretación de las cláusulas relativas a las esperas que debe acogerse para entender que la propuesta no infringe las normas sobre el contenido del convenio (Fundamento de Derecho Primero).

subsanción. Si la infracción cometida es relativa al contenido del convenio, a la emisión de adhesiones decisivas por quien no fuera titular legítimo del crédito u obtenidas mediante maniobras contrarias a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios o si finalmente las infracciones subsanables no han sido subsanadas, el juez en este caso mediante sentencia rechaza la aprobación del convenio. Si la sentencia rechaza el convenio por alguna de las últimas causas, la sentencia debe contener además el requerimiento al deudor para que manifieste si mantiene la PAC para su sometimiento a la aceptación de los acreedores en fase de convenio (art.110 LC).

2.3. Resolución judicial sobre la aprobación de la PAC

En caso de que ni el juez de oficio, ni los acreedores, ni la administración concursal aprecien ninguna causa de rechazo del convenio ni de oposición a su aprobación, el juez, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el art.128.1 LC, dicta sentencia aprobatoria del convenio (art.130 LC).

La sentencia aprobatoria del convenio pone fin a la fase común del concurso y, sin pasar por la fase de convenio, declara aprobado de forma anticipada el convenio con los efectos establecidos en los arts.133-136 LC. La sentencia se notifica al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y se publica conforme a los arts.23-24 LC (art.132 LC). Contra la sentencia aprobatoria del convenio cabe recurso de apelación, que se tramita con carácter preferente (art.197.5 LC), y recurso de

casación y extraordinario por infracción procesal en caso de sentencia dictada por las audiencias (art.197.7 LC).

3. Aprobación no anticipada de la PAC

Una de las manifestaciones más evidentes de la finalidad asignada a la PAC, consistente en favorecer la consecución de un convenio como solución al concurso, es la posibilidad de que, aun no habiendo sido aprobada anticipadamente en la fase común, sea mantenida para ser aceptada en la fase de convenio. Ante esta posibilidad, queda patente que la aprobación anticipada de la PAC, si bien es la situación en que la reducción de costes y de tiempo perseguida por la disciplina de la misma es más clara, no es un rasgo esencial de su régimen jurídico y por lo tanto un examen integral de este debe incluir también el análisis de la tramitación de la PAC durante la fase de convenio, análisis que abordamos en este apartado, poniendo especial atención en la articulación de las especialidades procesales de la PAC en una fase que no es específica de esta figura.

3.1. Mantenimiento de la PAC no aprobada en la fase común

Cuando no proceda la aprobación anticipada del convenio, el juez debe requerir al deudor para que manifieste si decide mantener la PAC para su sometimiento a la aceptación de los acreedores en la fase de convenio o si por el contrario prefiere solicitar la liquidación (art.110 LC). La redacción del art.110 LC sólo contempla la posibilidad de mantener la PAC para someterla a la votación de la junta o bien solicitar la liquidación, pero con la reforma operada por el Real

Decreto-ley 3/2009 se introduce la tramitación escrita en la fase de convenio y, como veremos más adelante, la PAC también puede seguir dicha tramitación, por tanto el mantenimiento de la PAC no sólo puede llevar a su sometimiento a la votación de la junta de acreedores sino también a la adhesión de los acreedores mediante la tramitación escrita.

El posible mantenimiento de la PAC no aprobada en la fase común es la opción que permite seguir con la tramitación de la PAC y conducir a su aprobación en la fase de convenio, consiguiendo una solución negociada al concurso que logra preservar las ventajas de la PAC sobre la propuesta ordinaria de convenio a pesar de no haber sido aprobada en la fase común.

3.1.1. Fundamento y ámbito de aplicación

La reducción del tiempo de duración del procedimiento concursal es uno de los rasgos más característicos de la PAC y una de las contribuciones fundamentales de la PAC a la satisfacción de los acreedores, puesto que de esta manera disminuyen los costes a los que debe hacer frente la masa activa del concurso así como el deterioro del valor de ésta y por consiguiente es mayor la disponible para satisfacer los créditos de los acreedores. Aquella reducción de la duración del concurso es clara cuando la PAC consigue ser aceptada y aprobada en la fase común, sin necesidad de abrir la fase de convenio. Sin embargo, no sólo cuando se logra la aprobación de la PAC en la fase común se consigue reducir los costes del concurso. Y la muestra de ello es precisamente la facultad de que goza el deudor de mantener la PAC no aprobada anticipadamente para

someterla a la votación de la junta o a la adhesión escrita de los acreedores en la fase de convenio.

Esta facultad da respuesta a aquellos supuestos en que a pesar de contar con el consentimiento de algunos acreedores, de la quinta o décima parte del pasivo ordinario exigida para su admisión a trámite como mínimo, la PAC no reúne las suficientes adhesiones para ser aceptada anticipadamente pero aún así el deudor confía en reunir en la fase de convenio las adhesiones o votos que le falten porque espera convencer, después de que ya esté disponible toda la información relevante sobre el patrimonio del deudor, a los acreedores necesarios para que sea aceptada y que por la rapidez y consiguiente escasa información con la que se tramita la PAC pueden haberse mostrado indiferentes o contrarios a su aceptación⁶⁸⁶. De manera que si el deudor decide mantener la PAC, sin necesidad de nueva resolución sobre la admisión de la PAC ni nueva evaluación de la administración concursal, tiene la posibilidad de someter la misma propuesta de convenio no aprobada a la consideración de los acreedores, bien sea mediante tramitación escrita o mediante celebración de la junta de acreedores. Esta posibilidad agiliza y reduce los costes de la tramitación del procedimiento, al evitar los costes relativos a la formulación de una nueva propuesta de convenio, a su presentación y admisión a trámite y al reducir el

⁶⁸⁶ Recordemos que los textos definitivos de la lista de acreedores y el informe de la administración están disponibles poco antes de que finalice el periodo de que disponen los acreedores para adherirse a la PAC.

plazo entre la convocatoria y la celebración de la junta así como el tiempo de aceptación de la PAC en junta por estar ya parcialmente aceptada⁶⁸⁷.

Queda claro pues que el mantenimiento de la PAC no aprobada favorece la consecución de un convenio a la vez que reduce los costes de su tramitación. Siendo estas las finalidades del mantenimiento, debe determinarse los supuestos en que el deudor puede hacer uso de esta facultad, puesto que si bien el art.110 LC hace referencia al mantenimiento de *propuestas no aprobadas*, esta locución incluye diversos supuestos y no todos, a nuestro parecer, deben considerarse incluidos en la referencia del art.110 LC por no servir a aquellas finalidades. Así, una propuesta no aprobada puede ser aquella PAC respecto a la cual se constata en el momento de verificar las adhesiones emitidas a su favor que no reúne las adhesiones necesarias para ser aceptada. En segundo lugar, una PAC no aprobada puede ser aquella que si bien reúne las adhesiones necesarias para su aceptación no ha sido aprobada porque se haya estimado alguna causa de oposición o bien porque el juez la haya rechazado de oficio⁶⁸⁸.

Es claro que la PAC puede mantenerse en el primer supuesto, pero debemos preguntarnos si la LC permite el mantenimiento de la PAC en aquellos casos en que ha sido rechazada por concurrir una causa de oposición o de rechazo de oficio. Entre estas causas cabe distinguir las que afectan a las adhesiones

⁶⁸⁷ Vid., Alfonso RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, “El requerimiento al deudor común exigido por el artículo 110.1 de la Ley Concursal...”, *op.cit.*, págs.4631-4669.

⁶⁸⁸ Vid., Marcos SACRISTÁN REPRESA, “Comentario al artículo 110”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.2243-2248.

emitidas a favor de la PAC del resto, esto es las relativas al cumplimiento objetivamente inviable del convenio y a la infracción de su contenido. Permitir el mantenimiento de una PAC para que una vez aceptada en la junta o mediante adhesiones escritas vuelva a ser rechazada por el mismo motivo contradice la finalidad perseguida. Eso es precisamente lo que sucedería si el deudor pudiese mantener una PAC que infringe las normas relativas a su contenido o cuyo cumplimiento es considerado objetivamente inviable. En cambio, cuando la aprobación no procede por falta de adhesiones suficientes para su aceptación, ya sea por infracciones subsanables pero no subsanadas en las adhesiones o por la emisión de las adhesiones decisivas por quien no fuera titular legítimo o conseguida mediante maniobras contrarias a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios, la PAC reúne los requisitos legales para ser sometida nuevamente a la consideración de los acreedores y pueda ser finalmente aprobada. Por lo tanto, el mantenimiento de la PAC sólo debería admitirse, además de en aquellos casos en que no ha reunido las adhesiones suficientes para ser tenida por aceptada, en aquellos otros en que la causa que ha motivado la no aprobación de la PAC sea una causa de oposición o de rechazo de oficio que afecte a las adhesiones emitidas decisivas para la aceptación de la PAC y cuya anulación impide la aceptación, es decir la infracción de la forma y contenido de las adhesiones decisivas para la aceptación de la PAC y la emisión de adhesiones por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidas mediante maniobras contrarias a la paridad de trato entre acreedores ordinarios (art.128 LC)⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Por el mismo motivo tampoco cabe plantearse el mantenimiento de PACs no admitidas a trámite o admitidas pero cuya tramitación finaliza por haber hecho uso el

3.1.2. Efectos

Por consiguiente, sólo en los casos en que la PAC no reúne las adhesiones suficientes para ser tenida por aceptada o bien las adhesiones contienen algún tipo de infracción que las invalidan e impiden el alcance de la mayoría exigida para tenerla por aceptada, el juez debe requerir de inmediato al deudor para que en el plazo de tres días manifieste si mantiene la PAC para su sometimiento a la aceptación de los acreedores en la fase de convenio o si desea solicitar la liquidación.

La forma de este requerimiento al deudor depende de si se realiza después de la verificación de las adhesiones o después del rechazo de la aprobación del convenio. Respecto al primer supuesto, el art.109 LC establece que si las adhesiones presentadas no alcanzan la mayoría exigida el juez debe dictar auto abriendo la fase de convenio o liquidación. Sin embargo, en este momento el juez aún no sabe si el deudor decide mantener la PAC o presentar otra propuesta o solicitar la liquidación, por lo que con anterioridad a que el juez dicte el auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio o liquidación, ha de requerir al deudor para que manifieste si mantiene la PAC o solicita la liquidación. Es una vez obtenida la respuesta del deudor o bien transcurrido el plazo de tres días sin que el deudor se haya manifestado al respecto cuando el juez puede dictar el auto con el contenido que

juez de su facultad de dejar sin efecto la tramitación de la PAC ante el informe desfavorable o con reservas de la administración concursal.

corresponda. Dicho esto, el art.110 LC no especifica la forma en que el juez ha de requerir al deudor sobre el mantenimiento de la PAC, por lo que la aplicación supletoria de la LEC establecida en la Disposición final quinta LC para aquello no previsto en la LC nos conduce a aplicar lo contemplado por la LEC respecto de los actos de comunicación judicial en los arts.149 y ss, en tanto que nos encontramos ante un acto procesal de comunicación del juez del concurso consistente en el requerimiento para ordenar una conducta conforme a la ley (art.149.4 LEC), en este caso la manifestación sobre el mantenimiento de la PAC, a través del procurador del deudor⁶⁹⁰.

En cuanto al supuesto de requerimiento al deudor después del rechazo del convenio, dicho requerimiento se ha de incorporar a la propia sentencia que estime la oposición a la aprobación del convenio formulada por los acreedores o la administración concursal y rechace el convenio o bien que lo rechace de oficio.

Ante el requerimiento del juez, el deudor puede responder en diversos sentidos. Primeramente, el deudor puede adoptar una actitud pasiva ante el requerimiento. Aunque en la dicción literal del art.110 no se contempla expresamente esta posibilidad, el art.111.1 LC sí prevé la situación en que no haya sido aprobada ni mantenida una PAC ni el concursado haya solicitado la liquidación, ante la cual corresponde al juez dictar auto poniendo fin a la fase

⁶⁹⁰ En este sentido, vid. Ángel Vicente ILLESCAS RUS, “Comentario al artículo 110”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, *op.cit.*, págs.563-566.

común del concurso y abriendo la fase de convenio. Por lo tanto, si el deudor se mantiene en silencio durante el plazo de tres días establecido, el juez debe abrir la fase de convenio⁶⁹¹. En segundo lugar, el deudor puede responder al requerimiento renunciando a mantener la PAC y optando por presentar una propuesta ordinaria o bien solicitando directamente la liquidación. En ambos casos, finaliza la tramitación de la PAC y se inicia, según el caso, la fase de convenio, con la tramitación de la nueva propuesta presentada por el deudor o de la propuesta presentada por los acreedores, o la fase de liquidación. Finalmente, el deudor puede decidir mantener la PAC para que sea aceptada en la fase de convenio. Esta es la opción que permite seguir con la tramitación de la PAC, a la que el deudor no puede introducir ninguna modificación, únicamente mantenerla en los términos en que fue admitida a trámite y evaluada por la administración concursal. Si el deudor mantiene la PAC, el juez dicta auto poniendo fin a la fase común del concurso y abriendo la fase de convenio, con la orden de formar la sección quinta y convocando la junta de acreedores o acordando la tramitación escrita del convenio, según corresponda⁶⁹². A diferencia de una propuesta ordinaria, de mantenerse la PAC para ser sometida a la junta de acreedores, ésta se convoca sin que el juez deba proceder al examen

⁶⁹¹ Es de esta opinión José María DE LA CUESTA RUTE, *El convenio...*, *op.cit.*, págs.103-105.

⁶⁹² El mantenimiento de la PAC no debería impedir que, en base al art.113 LC, los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores presenten propuesta ordinaria de convenio. En este caso, y por aplicación del art.121 LC, se deliberará y votará en primer lugar sobre la PAC y si esta finalmente no fuese aceptada, se deliberarán y votarán las presentadas por los acreedores, si el juez no decidiese la tramitación escrita de la PAC. Si, por el contrario, la PAC mantenida siguiese la tramitación escrita, se tramita en primer lugar la PAC y en caso de que ésta finalmente no reúna las adhesiones necesarias para su aceptación, se pasará a comprobar si la otra u otras propuestas presentadas por los acreedores alcanzan la mayoría exigida (art.115bis.4 LC).

de la admisión a trámite ni la administración la haya de evaluar nuevamente, pues se trata de trámites que la PAC ya ha superado y su repetición contribuiría a alargar el procedimiento sin aportar información adicional a la ya obtenida con dichos trámites, aumentando de esta manera los costes del procedimiento y contradiciendo en definitiva la finalidad de la PAC de reducir aquellos costes.

El mantenimiento de la PAC para someterla a la aceptación de los acreedores durante la fase de convenio supone también el mantenimiento de las adhesiones que se hayan presentado. Si la PAC se mantiene para someterla a la decisión de la junta, los acreedores adheridos a la PAC se tienen por presentados a la junta a efectos de *quórum* y sus adhesiones se tienen como votos a favor para el cómputo del resultado de la votación (art.110.2 LC), norma que facilita la obtención del *quórum* y de la mayoría exigida. En el mismo sentido, si la PAC mantenida es sometida a la tramitación escrita, las adhesiones mantenidas cuentan como adhesiones a favor para el cómputo de la mayoría exigida. Con todo, la LC permite a los acreedores adheridos revocar las adhesiones a la PAC no aprobada y evitar así que sean consideradas como votos a favor de la PAC, bien asistiendo a la junta o bien, con anterioridad a la celebración de la junta, haciendo constar la revocación de su adhesión o, si se sigue la tramitación escrita, emitiendo la revocación en el plazo legal previsto.

Con anterioridad hemos analizado la posibilidad de que los acreedores revocaran sus adhesiones a la PAC⁶⁹³. En concreto, cuando la clase o cuantía del

⁶⁹³ Vid. *supra*, págs.353-358.

crédito expresado en la adhesión a la PAC admitida a trámite se viesen modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores (art.108 LC). Se trata de un supuesto de revocación permitido únicamente en casos de modificación de la clase o cuantía del crédito del acreedor adherido y por lo tanto mucho más restrictivo que el previsto en el art.110 LC para el mantenimiento de la PAC, supuesto en el que no es necesario que exista ninguna modificación en el crédito ni que concurra ninguna otra causa determinada para que el acreedor pueda revocar su adhesión. Este tratamiento diferenciado en la revocación de las adhesiones, según el momento procesal en que se produzca, se justifica en la concesión a los acreedores de más tiempo para valorar, sin quedar vinculados por el sentido de la adhesión que emitieron, los posibles cambios en la situación económica y patrimonial del deudor respecto de la que se tuvo en cuenta en el momento de adherirse a la PAC en la fase común, a partir de la información contenida en los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores o bien de nueva información que pueda aportar la administración concursal en la junta de acreedores.

3.1.3. Régimen de la PAC tramitada en la fase de convenio

Ante la posibilidad de que la PAC no concluya su tramitación en la fase común sino que pase a tramitarse en la fase de convenio, surge la duda de qué sucede con aquellos rasgos característicos propios del régimen de la PAC que difieren de la propuesta ordinaria. A lo largo de este trabajo hemos ido analizando las diferentes especialidades de la PAC: la legitimación y momento procesal para la presentación de la PAC, el requisito de las adhesiones de acreedores para su

admisión a trámite, la superación de los límites a las quitas y esperas, y, finalmente, la posibilidad que el juez finalice la tramitación de la PAC ante el resultado de la evaluación de la administración concursal. De estas especialidades, es la relativa a la superación de los límites a las quitas y esperas la que puede plantear dudas sobre su aplicación a una PAC mantenida para ser sometida a la junta o para ser tramitada por escrito en la fase de convenio.

Dado que en el caso de una propuesta ordinaria sólo pueden superarse los límites a las quitas y a las esperas cuando el deudor sea titular de una empresa con una actividad de especial trascendencia para la economía mientras que en la PAC pueden superarse los límites siempre que el plan de viabilidad lo contemple, cabe preguntarse si puede mantenerse una PAC que supere los límites fijados para la quita y/o espera del art.100 LC sin que el deudor sea titular de una empresa constitutiva de una actividad de especial trascendencia para la economía. Según la opinión de algunos autores, el deudor sólo puede mantener la PAC no aprobada en la fase común que supere los límites establecidos para la quita y/o espera si en el momento de presentar la PAC reunía todos los requisitos exigidos por la LC para el caso de propuesta ordinaria de convenio⁶⁹⁴. Nuestra posición difiere de esta opinión. Entendemos que el concursado puede mantener una PAC a pesar de no reunir las condiciones exigidas para la propuesta ordinaria de convenio, en la medida en que la PAC, aunque no se apruebe anticipadamente, sigue teniendo una tramitación y un régimen especial, diferenciados de la propuesta ordinaria de

⁶⁹⁴ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *El convenio...*, *op.cit.*, págs.146-148.

convenio, que se justifica por las finalidades que tiene asignadas y que persigue tanto si se aprueba en la fase común como en la fase de convenio. Ya hemos dicho en algún momento que la aprobación anticipada del convenio no es una característica esencial de la PAC, con lo cual la regulación prevista para esta figura jurídica es aplicable tanto si se aprueba anticipadamente como si no. Por lo tanto, las finalidades asignadas a la PAC que justifican su régimen específico y, en especial, el relativo al contenido de la propuesta deben esgrimirse nuevamente para justificar que pueda admitirse la superación de los límites a las quitas y las esperas contenidos en la PAC mantenida por el deudor aunque éste no sea titular de una empresa constitutiva de una actividad de especial trascendencia para la economía, pues sigue promocionando la autonomía negocial del deudor y sus acreedores.

3.2. La aceptación de la PAC en la fase de convenio

Si el deudor decide mantener la PAC no aprobada en la fase común, ésta puede ser sometida a la junta de acreedores o bien puede seguir la tramitación escrita (art.111 LC). Ésta última posibilidad no estaba contemplada en la redacción originaria de la LC sino que fue introducida por el Real Decreto-ley 3/2009 para agilizar y reducir los costes de la tramitación del convenio en concursos con un determinado número de acreedores⁶⁹⁵, si bien no supone una novedad ni con respecto al Derecho concursal anterior⁶⁹⁶ ni con respecto a la propia LC, que ya

⁶⁹⁵ Vid., Pedro YANES YANES, “La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio (1)”, Diario La Ley, núm.7161, 24 abril 2009, págs.1-22.

⁶⁹⁶ Así, la Ley de Suspensión de Pagos y Quiebras de Compañías de Ferrocarriles de 12 de noviembre de 1869, que introduce la tramitación escrita del convenio en el

admite, como hemos podido constatar a lo largo de este trabajo, las adhesiones escritas a la propuesta de convenio tanto en la fase común, en el caso de la PAC, como en la fase de convenio previas a la celebración de la junta de acreedores, en el caso de la PAC y de la propuesta ordinaria de convenio. La aportación novedosa que supone la tramitación escrita introducida por el Real Decreto-ley 3/2009 reside precisamente en la posibilidad de prescindir de la celebración de la junta de acreedores una vez abierta la fase de convenio para aceptar una propuesta de convenio, evitando de esta manera los costes que supone dicha celebración para la masa activa del concurso, superiores a los que acarrea el sistema de adhesiones escritas, especialmente en los concursos que superan cierto número de acreedores⁶⁹⁷.

Aunque no hay duda sobre la admisión de la tramitación escrita en la PAC mantenida para su aprobación en la fase de convenio puesto que no hay ninguna prohibición expresa que lo impidiera y así lo acepta la doctrina⁶⁹⁸, hay opiniones que entienden carente de sentido la aplicación de la tramitación escrita cuando no se ha conseguido la aceptación de la PAC en la fase común, pues su mantenimiento en la fase de convenio responde, según aquellas, a la intención del deudor de convencer en las deliberaciones de la junta a los

Derecho concursal español, y que posteriormente es acogido por el Código de Comercio de 1885, en los arts.930-941 y por la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, en los arts.10 y 13-17. Para una descripción del régimen de la tramitación escrita del convenio en el Derecho concursal anterior a la reforma, vid. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La tramitación escrita del convenio...”, *op.cit.* págs.195-240.

⁶⁹⁷ Vid. José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.118-120.

⁶⁹⁸ Vid., José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *ibidem*.

acreedores aún no adheridos⁶⁹⁹. En efecto, la PAC puede no ser aprobada en la fase común por falta de las adhesiones necesarias para su aceptación porque los acreedores, a pesar de disponer de la información patrimonial y financiera relevante sobre el concursado, entiendan que la PAC no es la solución que más les puede beneficiar, en cuyo caso únicamente las intervenciones en la junta de acreedores por parte del deudor, de los administradores concursales u otros acreedores podrían influir en el sentido de su voto. Pero también puede ser que la falta de adhesión de los acreedores o la adhesión contraria a la PAC se deba no al desacuerdo sobre el contenido de la PAC sino a la falta de información de los acreedores en el momento de emitir su decisión sobre la aceptación de la PAC. Así, por ejemplo, un informe de la administración concursal desfavorable o con reservas por haber sido emitido sin disponer de toda la información económicamente relevante sobre el deudor, esto es con anterioridad a que sean definitivos el informe de la administración concursal, la lista de acreedores y el inventario, y que no haya impedido su posterior tramitación, puede condicionar a los acreedores a rechazar la aceptación de la PAC. En esta situación, la posibilidad de que se abra un nuevo periodo de adhesión a la PAC, durante la fase de convenio, al inicio del cual los acreedores sí dispongan de la documentación definitiva sobre la situación patrimonial y financiera del deudor elaborada por la administración concursal y evitando los costes de celebración de la junta de acreedores, cobra pleno sentido y consistencia con las finalidades de la PAC. En especial, con la finalidad de reducción de los costes del concurso, pues es claro que la celebración de una junta de acreedores en un concurso con

⁶⁹⁹ Vid., José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *ibidem*.

un elevado número de acreedores resulta costosa: exige la habilitación de un espacio apropiado para acoger a todos los asistentes a la junta, una inversión mayor de tiempo para la elaboración de toda la documentación relativa a la junta (vgr., lista de asistentes y acta de la junta) y para la gestión ordenada de la deliberación y votación de la PAC, costes que de celebrarse la junta en varias sesiones, como admite el art.116 LC, se multiplican⁷⁰⁰. Ante este escenario, es evidente que el sistema de aceptación de la PAC en la fase de convenio mediante su tramitación escrita en sustitución de la junta de acreedores es menos costoso y consistente por tanto con la finalidad de reducir los costes concursales⁷⁰¹. Asimismo, la tramitación escrita también se muestra consistente con la finalidad de favorecimiento de la conclusión del convenio, en la medida en que la celebración de juntas multitudinarias, con una participación en las deliberaciones y debate sobre la PAC más compleja, en ocasiones puede dificultar su aceptación⁷⁰².

Así, pues, al analizar la aceptación de la PAC en la fase de convenio, debemos ocuparnos del estudio no sólo de la aceptación de la PAC mantenida para su

⁷⁰⁰ Sobre los costes asociados al sistema de aceptación de la propuesta de convenio en junta de acreedores, vid. María ÁLVAREZ SAN JOSÉ, *El poder de decisión de los acreedores....*, *op.cit.*, págs.388-416.

⁷⁰¹ Vid., *supra* nota 425 en relación a los costes de la junta de acreedores en comparación con el sistema de adhesión escrita.

⁷⁰² En el Derecho concursal anterior ya se había advertido que la tramitación escrita del convenio constituía una de las medidas arbitradas por el legislador para facilitar la conservación de la empresa al eliminar la simultaneidad de las manifestaciones de voluntad. A pesar de ser considerado un sistema que podía favorecer los pactos particulares y fraudulentos entre el deudor y algunos de sus acreedores, a la tramitación escrita en casos de dispersión geográfica de los acreedores se le asignaba la finalidad de conservar la empresa, primando esa finalidad sobre el riesgo de inteligencias fraudulentas. Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La tramitación escrita del convenio....”, *op.cit.*, págs.195-240.

sometimiento a la voluntad de la junta de acreedores sino también de la aceptación de la PAC mediante tramitación escrita, cuyo análisis abordamos a continuación.

3.2.1. Tramitación escrita de la PAC

Los arts.111.2 y 115 bis LC contienen el régimen especial de la tramitación escrita del convenio, un régimen que por conciso e incompleto debe integrarse con el régimen general relativo al derecho de adhesión o voto (arts.122-123 LC), los requisitos de emisión de las adhesiones y votos en contra (art.103 LC), las mayorías necesarias para la aceptación de la propuesta de convenio (arts.124-125 LC), la aprobación del convenio, la oposición y el rechazo de oficio de la propuesta de convenio (arts.127-132 LC).

A) Presupuesto de la tramitación escrita

La tramitación escrita del convenio se puede acordar cuando el número de acreedores exceda de trescientos (art.111.2 LC). El número de acreedores opera, por consiguiente, como presupuesto de aplicación del régimen de la tramitación escrita. Un presupuesto que responde a la fijación por parte del legislador de un criterio convencional del que, a nuestro entender, como veremos, bien podría haberse prescindido.

En este mismo sentido crítico hacia el presupuesto de la tramitación escrita se expresa cierta doctrina, que constata el carácter convencional de la cifra, pues podría haber sido otra, e incluso contempla la posibilidad de que el legislador

hubiese confiado a la discreción del juez la autorización de la tramitación escrita cuando el número de acreedores lo aconsejara⁷⁰³. Se ha alegado que el establecimiento de esta cifra conjura una posible huída de la convocatoria de juntas aun en casos en que hubiere un reducido número de acreedores y evita que la junta se convoque excepcionalmente⁷⁰⁴, pero es discutible en primer lugar que esa posible huída de la junta en concursos con pocos acreedores constituya en todo caso un inconveniente indeseable. En este trabajo precisamente nos hemos ocupado de analizar las ventajas que supone la aprobación de la PAC en la fase común, donde se prescinde de la celebración de la junta, al margen del número de acreedores del concursado. Y, en segundo lugar, aún y admitiendo que en ocasiones puede resultar más conveniente para los acreedores la celebración de la junta, por reportar beneficios superiores a los costes que acarrea, el riesgo de eludir la celebración de la junta cuando esta sea conveniente para los acreedores se hubiese podido impedir sin necesidad de fijar una cifra determinada de acreedores, atribuyendo, como sucede en última instancia en la configuración actual del régimen de la tramitación escrita y que a continuación examinaremos, al juez del concurso la decisión de acordar la tramitación escrita y fijando un criterio material que fundamente aquella decisión, que debería ser el del interés del concurso. En cambio, con el presupuesto de aplicación relativo a la existencia de trescientos acreedores, si bien ciertamente se evita que cuando haya pocos acreedores se pueda iniciar la

⁷⁰³ Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “La tramitación ordinaria del convenio en la reforma de la Ley Concursal contenida en el Real Decreto-ley 3/2009”, RCP, núm.11, 2009, págs.99-107.

⁷⁰⁴ Vid., José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma de la Ley Concursal...*, *op.cit.*, pág.117.

tramitación escrita, se genera un nuevo inconveniente para los acreedores, contrario a la máxima satisfacción de sus intereses, cual es el de impedir que éstos se beneficien de la posibilidad de que se acuerde la tramitación escrita en concursos que sin llegar a contar con trescientos acreedores se acerquen a esa cifra y en los cuales la celebración de la junta devenga igualmente costosa.

Más allá de mostrarnos críticos con el presupuesto de aplicación de la tramitación escrita, debemos resolver una cuestión referente al número de acreedores y que consiste en determinar qué acreedores se deben tener en cuenta para calcular ese número. Es claro que el cómputo de este número de acreedores debe partir de la lista de acreedores definitiva. Sin embargo, no está tan claro para la doctrina qué acreedores se incluyen en el cómputo, si todos los reconocidos o únicamente aquellos que gozan de derecho de adhesión a la propuesta de convenio. Algunos autores se decantan por entender que la cifra de trescientos hace referencia únicamente a acreedores con derecho de voto⁷⁰⁵. En cambio, otros entienden que los trescientos acreedores pueden ser de cualquier clase⁷⁰⁶.

Para resolver esta cuestión debemos acudir al fundamento de la tramitación escrita, que, como hemos visto, consiste en evitar el coste de la celebración de

⁷⁰⁵ En este sentido, José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma concursal...*, *op.cit.*, págs.116-117.

⁷⁰⁶ En este sentido, vid. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “La tramitación ordinaria del convenio en la reforma de la Ley Concursal contenida en el Real Decreto-ley 3/2009”, *op.cit.*, pág.104, quien entiende que a falta de especificación, debe tenerse en cuenta cualquier acreedor, con independencia de la cuantía o la clase de su crédito, reconocido en la lista definitiva.

juntas multitudinarias⁷⁰⁷. Y estas juntas multitudinarias lo son por el número elevado de asistentes a la junta, lo que nos obliga a tener en cuenta no a los acreedores que pueden votar en la junta sino a los que pueden asistir a ella. Respecto a los acreedores que gozan del derecho de asistencia a la junta, ya vimos que son todos aquellos que figuran en la relación de incluidos en el texto definitivo de la lista (art.118 LC), sin que exista ninguna limitación por la clase de crédito concursal que ostente el acreedor, a diferencia de lo que sucede con el derecho de voto⁷⁰⁸. Así pues, todo acreedor incluido en la lista definitiva de acreedores tiene derecho a asistir a la junta, tenga o no derecho de voto. Si lo que la tramitación escrita pretende evitar es que se celebren juntas con muchos asistentes, que se tornen costosas y poco operativas, el número de acreedores que se toma como referencia para determinar su aplicación debe ser el de acreedores con derecho de asistencia, no únicamente el de los acreedores con derecho de voto⁷⁰⁹.

Con todo, la existencia de más de trescientos acreedores, si bien constituye presupuesto de aplicación de la tramitación escrita de la propuesta de convenio, no determina automáticamente su aplicación. Y es que la tramitación escrita es una posibilidad por la que el juez del concurso puede optar, de oficio, por propia

⁷⁰⁷ Vid., Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “La tramitación escrita del convenio....”, *op.cit.*, pág.203, quien cifra aquel coste en la presumida dispersión geográfica de los acreedores, en relación a la Ley de 12 de noviembre de 1869, y en el número de titulares de los créditos y el consiguiente riesgo de juntas multitudinarias, en relación a la LSP.

⁷⁰⁸ Vid. *supra*, págs.361-367.

⁷⁰⁹ Por lo demás, de tener en cuenta únicamente a los acreedores con derecho de voto, se producirían situaciones de difícil resolución, como es la de la inclusión o no de los acreedores titulares de créditos ordinarios o privilegiados y subordinados a la vez.

iniciativa, sin que exista solicitud por parte del deudor o acreedores⁷¹⁰. Se trata, pues, de una decisión discrecional del juez que sin embargo no puede ser arbitraria y debe quedar justificada de alguna manera, que la ley no especifica. En nuestra opinión, la razón que fundamente la decisión del juez de acordar la tramitación escrita en sustitución de la celebración de la junta de acreedores debe residir, tal como acabamos de defender, en el interés del concurso, lo que a su vez favorece la consecución de las finalidades de la PAC, en especial las de favorecimiento de la conclusión del convenio, reducción de los costes del concurso y consiguiente mejor satisfacción de los acreedores. En ocasiones, la celebración de la junta reporta beneficios ulteriores a los de constituir cauce ordenado de la voluntad de los acreedores⁷¹¹. Estos beneficios se cifran en el suministro de información sobre la situación patrimonial y financiera del deudor, lo que redundará en una mejor formación de la voluntad de los acreedores para emitir su decisión sobre si aceptar o no la PAC. En estos supuestos, en que las ventajas que reporta la celebración de la junta superan sus costes, el juez no debería prescindir de la junta de acreedores y, al contrario, cuando las ventajas de la celebración de la junta sean inferiores a sus costes, el juez debería acordar la tramitación escrita de la PAC, porque de esta manera se estaría dando cumplimiento a las finalidades de la PAC mencionadas.

⁷¹⁰ Como sucedía con el art.18 LSP.

⁷¹¹ Vid., María ÁLVAREZ SAN JOSÉ, *El poder de decisión de los acreedores...*, *op.cit.*, págs.407-408.

B) Plazo para adherirse a la PAC

La tramitación escrita de la PAC se acuerda mediante auto. Este auto, a través del cual también se da fin a la fase común del concurso y se inicia la fase de convenio, ha de ser notificado al concursado, a la administración concursal así como a todas las partes personadas en el procedimiento (art.111.3 LC).

Asimismo, el auto que acuerda la tramitación escrita debe fijar la fecha límite para presentar las adhesiones o votos en contra de la PAC, que, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, era de noventa días contados desde la fecha del auto (art.115 bis.1 LC). Este plazo era merecedor de crítica por no servir a la finalidad de reducir los costes del concurso que se asigna a la PAC en general y a la tramitación escrita en particular. Y es que, al comparar el plazo de la tramitación escrita con el de la celebración de la junta de acreedores cuando la PAC mantenida se somete a la junta, se constataba que la tramitación escrita de la PAC, si bien se configuraba como un mecanismo que podía reducir los costes de celebración de la junta, no suponía una reducción de la duración del concurso sino todo lo contrario, pues se desarrollaba en un plazo más dilatado. Así, mientras que la junta de acreedores convocada para aceptar la PAC podía celebrarse dentro del segundo mes contado desde la fecha del auto acordando su convocatoria (art.111.2 LC), la tramitación escrita de la PAC en cualquier caso se prolongaba noventa días⁷¹². El legislador de la reforma de 2011 ha corregido esta

⁷¹² En este sentido se expresa Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “La tramitación ordinaria del convenio en la reforma de la Ley Concursal contenida en el Real Decreto-ley 3/2009...”, *op.cit.*, pág.103.

Por otro lado, al tratarse de un plazo de carácter procesal y por tanto incluir los días hábiles, el plazo puede extenderse más allá de los noventa días (arts.182.1 y 185.1 LOPJ

inconsistencia y ha venido a imponer los dos meses como fecha límite para la presentación de adhesiones o de votos en contra.

Este plazo de dos meses para emitir adhesiones o votos en contra de la propuesta de convenio inicia su cómputo, según señala el art.115 bis.2 LC para las propuestas de convenio presentadas en la fase de convenio, en el momento que quede de manifiesto el escrito de evaluación en la oficina judicial. En la medida en que en el caso de la PAC no aprobada en la fase común pero mantenida para su aceptación en la fase de convenio el juez no de ha de emitir una nueva resolución sobre la propuesta ni la administración concursal ha de emitir nuevo escrito de evaluación, las adhesiones o votos en contra pueden empezarse a emitir desde la fecha de notificación del auto acordando la tramitación escrita.

C) Adhesiones en la tramitación escrita de la PAC. Remisión

El régimen de las adhesiones a la PAC tramitada por escrito en la fase de convenio es el previsto para las adhesiones en general. Según el art.115 bis LC, apartado 3, las adhesiones, revocación de las mismas o votos en contra a la PAC deben emitirse en la forma prevista en el art.103 LC. También por lo que respecta a la determinación de los derechos de voto en la tramitación escrita, remite el art.115 bis.4 LC al régimen general, contenido en los arts.122-125 LC.

y 133.2 LEC). Esta circunstancia también ha merecido la desaprobación de la doctrina, que argumenta que hubiese sido preferible que esta norma, concebida para acelerar el proceso, hubiese fijado el plazo en meses. En este sentido, vid. José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, *La reforma concursal...*, op.cit., págs.120-121.

Cabe detenerse, sin embargo, en la cuestión relativa al régimen de la revocación de las adhesiones y votos en contra en la tramitación escrita. Al respecto, hemos comprobado con anterioridad como existen en relación a la PAC dos tratamientos distintos en la LC⁷¹³: uno más restrictivo, previsto en el art.108 LC, consistente en la posibilidad de revocación de las adhesiones cuando la clase o cuantía del crédito expresado en la adhesión fuesen modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, y el otro, menos restrictivo, previsto en el art.110 LC y relativo a la revocación de las adhesiones en caso de mantenimiento de la PAC no aprobada en la fase común. Debemos determinar, pues, cuál debe aplicarse en la tramitación escrita de la PAC. El art.115 bis.3 LC prevé que para la válida revocación de las adhesiones o votos en contra emitidos debe constar en los autos dicha revocación en el plazo de noventa días. No establece, pues, más requisito que el temporal, por lo que la revocación de las adhesiones en la tramitación escrita se asemeja al de la revocación de las adhesiones a la PAC mantenida para su sometimiento a la junta de acreedores. Por tanto, pueden darse por reproducidas las consideraciones ya realizadas al tratar la cuestión.

D) La verificación de las adhesiones y la aprobación del convenio en la tramitación escrita

Dentro de los diez días siguientes a aquél en que hubiere finalizado el plazo de presentación de adhesiones, el juez verifica si la PAC alcanza la mayoría legalmente exigida y proclama el resultado mediante providencia (art.115 bis.5

⁷¹³ Vid. *supra*, págs.353-358.

LC). Nuevamente un plazo previsto para la tramitación escrita de la PAC es mayor que el previsto para la PAC aceptada en la fase común, respecto a la cual el art.109.1 LC establece un plazo de cinco días para proceder a la verificación de las adhesiones.

Otra diferencia remarcable, e injustificada, que existía antes de la reforma de 2011 hacía referencia al órgano encargado de proceder a la verificación de las adhesiones. La Ley 13/2009, como vimos⁷¹⁴, redistribuía las competencias atribuidas al juez del concurso y al secretario judicial, modificando, entre otros preceptos, el art.109.1 LC para asignar al secretario judicial, en vez de al juez como le correspondía hasta el momento, la función de verificar si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida y de proclamar el resultado mediante decreto. En cambio, en la tramitación escrita seguía siendo el juez quien debía proceder a la verificación de las adhesiones y a la proclamación del resultado mediante providencia. La Ley 13/2009, que buscaba descargar al juez del concurso de aquellas funciones que no tienen carácter estrictamente jurisdiccional, como es el caso de la verificación de las adhesiones, *de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia*⁷¹⁵, no afectaba, sorprendentemente, y a pesar de tratarse de la misma actividad y tener el mismo objeto, a la función del juez del concurso de verificar las adhesiones cuando la PAC se haya tramitado por escrito en la fase de convenio. Ello no obstante, no parecía que el desempeño en momentos procesales distintos de

⁷¹⁴ Vid. *supra*, págs.494-496.

⁷¹⁵ Vid., parte I, párrafo segundo, de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009.

una misma función pudiese llegar a fundamentar una asignación distinta entre el juez y el secretario judicial⁷¹⁶. Ante esta constatación, la Ley 38/2011 modificó el art.115 bis para asignar al secretario judicial, y no al juez, la función de verificar si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida y la de proclamar el resultado mediante decreto.

Como apuntábamos, si la mayoría resulta obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el art.128.1 LC dicta sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez (art.115 bis.6 LC). Esta norma relativa a la aprobación de la PAC mediante tramitación escrita reproduce la prevista para la aprobación de la PAC en la fase común (art.109.2 LC), si bien prescinde de mencionar, como sí menciona el art.109.2 LC, la publicidad que se debe dar a aquella sentencia aprobatoria, aunque es claro que también proceden la notificación al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y la publicidad conforme a los arts.23 y 24 LC cuando el juez dicte sentencia aprobatoria de la PAC tramitada por escrito en la fase de convenio.

3.2.2. Aceptación de la PAC en junta de acreedores

En caso que el deudor decida mantener la PAC no aprobada en la fase común y el juez no acuerde su tramitación escrita, bien porque no se superan los

⁷¹⁶ Vid. Ángel GALGO PECO, “Implicaciones en el ámbito concursal del reparto de competencias procesales establecido en el nuevo modelo de oficina judicial”, RCP, núm.13, 2010, págs.519-522, quien afirma que nos encontramos ante un simple error del legislador.

trescientos acreedores o bien porque a pesar de superar esa cifra no lo crea oportuno, según las consideraciones realizadas anteriormente⁷¹⁷, el juez abre la fase de convenio para que aquella sea sometida nuevamente a la consideración de los acreedores, esta vez mediante su asistencia, personal o por medio de representante, a la junta de acreedores y el ejercicio de su derecho de voto. Sin embargo, el sometimiento de la PAC a la consideración de la junta de acreedores no excluye la posibilidad que los acreedores puedan emitir su voluntad sobre la PAC a través de la adhesión a favor o en contra de la misma antes de la celebración de la junta, sin necesidad de asistir a la junta. Así, el art.115.3 LC establece que desde que quede de manifiesto en la secretaría del juzgado el correspondiente escrito de evaluación y hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta, se admiten adhesiones de acreedores a la propuesta de convenio, que son irrevocables a menos que los emisores de aquellas asistan a la junta y voten en otro sentido.

Aunque el sistema de aceptación propio de la PAC, por ser el más consistente con la finalidad de reducción de costes, es la adhesión, la celebración de la junta en la tramitación de la PAC también cobra sentido. Así es cuando en el momento procesal oportuno para emitir la adhesión a la PAC en la fase común los acreedores no disponen de toda la información relevante sobre el patrimonio del deudor, siendo necesario que la administración concursal disponga de más tiempo para recabarla y completar las valoraciones realizadas sobre la viabilidad de la PAC en el escrito de evaluación pudiendo satisfacer de esta manera en la

⁷¹⁷ Vid. *supra*, págs.549-553.

junta de acreedores el derecho de información de los acreedores asistentes. O bien cuando se han producido cambios en la situación patrimonial del deudor a lo largo del procedimiento concursal, con posterioridad a la emisión del informe y de la evaluación de la PAC, que hagan oportuno que la administración concursal los exponga e informe sobre ellos en la junta de acreedores. Con todo, y a pesar de que la celebración de la junta de acreedores para aceptar la PAC tiene sentido, la coexistencia de los dos sistemas de expresión de la voluntad de los acreedores en la fase de convenio refuerza la pérdida de protagonismo de la junta de acreedores en el concurso, de la que ya se ha hablado con anterioridad, justificada por la desjudicialización del procedimiento concursal y la consiguiente reducción de costes del concurso así como por la promoción de la autonomía de las partes pretendidas por el legislador con la previsión de la PAC en la LC.

Con la misma finalidad de reducción de los costes del concurso se regula la especial tramitación de la aceptación de la PAC en junta de acreedores, pues el juez dicta el auto de convocatoria de la junta de acreedores sin necesidad de nueva resolución sobre la admisión de la PAC ni nueva evaluación de la administración concursal (art.111.2 LC). Contra este auto, que ha de notificarse al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento (art.111.3 LC), cabe recurso de reposición, según los arts.98.2 y 197.3 LC, en virtud de la reforma operada por la Ley 13/2009 eliminando la referencia a la irrecurribilidad del auto⁷¹⁸.

⁷¹⁸ Dicha irrecurribilidad prevista en el art.111.3 LC entraba en contradicción con la recurribilidad de la resolución que pone fin a la fase común del concurso establecida

La junta de acreedores se desarrolla en los términos ya expuestos en el capítulo II, donde nos ocupábamos de los aspectos sustantivos de la junta de acreedores, si bien es obvio que el régimen de la junta contiene también aspectos procesales, relativos fundamentalmente a la ordenación del desarrollo de la junta por parte de los órganos del concurso. Así, llegada la fecha que consta en el auto de convocatoria de la junta, el presidente de la junta, el juez o excepcionalmente el miembro de la administración concursal que aquel designe, abre la sesión y el secretario confecciona la lista de asistentes (art.119 LC). Antes de proceder a la votación, el juez debe decidir sobre la validez de los apoderamientos, acreditación de los comparecientes y demás extremos controvertidos (art.121 LC). Resueltas estas cuestiones, el secretario expone la PAC y el juez da inicio a las deliberaciones sobre la PAC concediendo la palabra a quienes la soliciten y tomándola estos con el fin de expresar su posicionamiento a favor o en contra de la PAC o solicitar aclaraciones sobre el informe de la administración concursal y sobre la actuación de ésta, así como sobre la PAC y el escrito de evaluación emitido. Finalmente el juez somete la PAC a votación nominal y por llamamiento a los acreedores con derecho de voto (art.126 LC). A lo largo del desarrollo de la junta, los acreedores que detecten vicios en la constitución o en la celebración de la junta han de formular la correspondiente protesta en el momento de su comisión, si están interesados posteriormente a oponerse a la

por el Real Decreto-ley 3/2009 en el art.98.2 LC, pues ambas resoluciones son la misma. Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, “La tramitación ordinaria del convenio en la reforma de la Ley Concursal contenida en el Real Decreto-ley 3/2009”, *op.cit.*, 100-101.

aprobación del convenio fundada en la infracción legal en la constitución o celebración de la junta (art.128.4 LC)⁷¹⁹.

Finalizada la votación, el secretario extiende acta de la junta, que contiene el resultado de la votación, la lee y la firma, después de lo cual el juez levanta la sesión. El mismo día de conclusión de la junta o en el siguiente hábil, el secretario eleva el acta al juez (art.127 LC), quien, de no existir mayoría suficiente para considerar aceptada la PAC, abre de oficio la liquidación (art.143.1.2º LC), o bien, en caso de aceptación de la PAC, procede a su aprobación siempre y cuando no exista rechazo de oficio ni oposición a dicha aprobación o la oposición presentada no sea estimada. A diferencia de lo que sucede con la aceptación de la PAC mediante adhesión escrita, no prevé el legislador un acto de proclamación del resultado de la votación de la junta, sino que este se incorpora al acta de la junta y tanto el concursado y la administración concursal como cualquier acreedor tienen derecho a obtener testimonio del acta, que debe expedir el secretario judicial en un plazo de tres días desde la presentación de su solicitud (art.126.4 LC). Este es el mecanismo previsto, pues, para que los acreedores que no asistan a la junta puedan conocer el resultado de la votación de la misma.

⁷¹⁹ Vid. Francisco José SOSPEDRA NAVAS (coord.), *Práctica del proceso civil. Proceso concursal*, tomo I, vol.4, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2005, págs.694-696.

3.3. Oposición a la aprobación y rechazo de oficio del convenio aceptado en la fase de convenio. Especialidades y remisión

Si la PAC ha sido aceptada por la mayoría legalmente exigida, y antes de que el juez proclame su aprobación, aquella puede ser objeto de oposición por parte de los acreedores y de la administración concursal o de rechazo de oficio por parte del juez. Deben darse por reproducidas las consideraciones realizadas sobre la oposición a la aprobación del convenio y el rechazo de oficio del convenio en la fase común. Sin embargo, deben tenerse en cuenta las especialidades que sobre el trámite de la oposición y del rechazo de oficio impone el mantenimiento de la PAC para su tramitación escrita o su sometimiento a la junta de acreedores.

En primer lugar, el plazo de diez días para oponerse a la aprobación del convenio, cuando la PAC haya seguido la tramitación escrita, se inicia el día siguiente a la fecha en que el secretario judicial haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, o, cuando haya sido sometida a la votación de la junta, el día de la conclusión de la junta (art.128.1 LC), esto es el momento en que el juez, una vez leída y firmada el acta por el secretario con el resultado de la votación, levanta la sesión. Respecto al inicio del plazo de oposición cuando la PAC haya seguido la tramitación escrita, cabe reproducir las consideraciones realizadas entorno al plazo de oposición de la PAC aceptada en la fase común⁷²⁰, que exigían, para un ejercicio adecuado del derecho a oponerse a la aprobación del convenio, la notificación a las partes del decreto proclamando el resultado de la verificación

⁷²⁰ Vid. *supra*, págs.498-499.

y la consideración del día siguiente al de aquella notificación como la fecha de inicio del plazo para formular la oposición.

Respecto al inicio del plazo de oposición cuando la PAC haya sido aceptada en la junta de acreedores, el legislador lo sitúa en el mismo día de la conclusión de la junta y no al siguiente, como sucede con la oposición a la PAC aceptada en la fase común o mediante tramitación escrita en la fase de convenio, diferencia que ha merecido la crítica de la doctrina⁷²¹. No prevé tampoco la LC un acto de proclamación de dicho resultado a partir de cuya comunicación computar el plazo de oposición, que sería exigible en los mismos términos en que lo es en relación a la verificación de las adhesiones presentadas para aceptar la PAC en la fase común o en la tramitación escrita en la fase de convenio. A pesar de que se ha dicho que en la aceptación de la PAC en junta el conocimiento del resultado de las votaciones es más fácil por la publicidad de la convocatoria y por la inmediatez informativa de la que gozan los legitimados para oponerse⁷²², lo cierto es que esta facilidad no alcanza a los acreedores no asistentes, quienes también están legitimados para oponerse y que, precisamente por su falta de asistencia a la junta, no pueden conocer de inmediato ni el resultado de la votación ni el momento de conclusión de la junta, y se ven obligados a asumir el

⁷²¹ Vid. Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.2400-2401, a quien le sorprende la fecha de inicio del plazo para formular oposición también porque al secretario de la junta se le concede el día de conclusión de la junta o el siguiente hábil para remitir el acta al juez (art.127 LC).

⁷²² Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, pág.126, y Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.2400-2401.

coste de solicitar testimonio del acta expedida por el secretario del juzgado para conocer aquella información.

En segundo lugar, la legitimación activa para oponerse a la aprobación de la PAC aceptada en la fase de convenio corresponde a los acreedores no adheridos a la PAC en caso de tramitación escrita y a los acreedores que no hubiesen asistido a la junta, a los que hubiesen sido privados del voto ilegítimamente y a los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría en junta de acreedores. Cabe precisar, como ya hicimos en relación al significado de los acreedores no adheridos⁷²³, lo que debe entenderse por acreedores no asistentes. En concreto, debe determinarse si dentro del concepto de acreedores no asistentes se incluye a los acreedores sin derecho de voto. La respuesta debe ser afirmativa, en los mismos términos y por las mismas razones (vgr. la afectación por parte del convenio de los intereses propios) que respecto a la inclusión en el concepto de acreedores no adheridos de los acreedores sin derecho de adhesión. Pero en relación a los acreedores no asistentes, la anterior afirmación merece una consideración ulterior, ya que los acreedores sin derecho de voto tienen derecho de asistencia, de manera que si asisten a la junta pero no votan, porque no tienen derecho a ello, no están legitimados para oponerse a la aprobación del convenio, mientras que si no asisten sí gozan de aquella legitimación, con lo cual se incentiva a los acreedores sin derecho de voto a no asistir a la junta, a pesar de tener derecho de asistencia, pues es la única manera de poder oponerse a la aprobación del convenio. De todas maneras, si tenemos

⁷²³ Vid. *supra*, págs.499-504.

en cuenta que la junta tiene por objeto fundamental que la administración concursal y el deudor suministren información a los acreedores para que estos puedan formar su opinión y decidir el sentido de su voto, la asistencia a la junta interesa especialmente a los acreedores con derecho de voto, así que si se incentiva a la no asistencia de los acreedores sin derecho de voto, en definitiva se consiguen juntas menos multitudinarias, por ello menos costosas, pero sin privar a los no asistentes de la posibilidad de ejercer su acción de oposición a la aprobación del convenio si conocen cualquier causa de oposición que pueda afectar a su interés legítimo.

Un último apunte en relación a la legitimación activa para formular oposición a la aprobación de la PAC aceptada en la fase de convenio hace referencia a la legitimación restringida que se establece para los asistentes a la junta cuando pretendan formular oposición fundada en la infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, al legitimar, para oponerse por dicho motivo, únicamente a aquellos que hayan denunciado la infracción en el momento de su comisión a lo largo del desarrollo de la junta. Seguidamente, al tratar de las causas de oposición, volvemos sobre esta cuestión.

En tercer lugar, respecto a las causas de oposición, deben añadirse a las ya expuestas⁷²⁴ las que hacen referencia a las reglas sobre tramitación escrita y a la constitución y celebración de la junta de acreedores. Así, constituye una causa de oposición no subsanable la emisión de adhesiones decisivas para la

⁷²⁴ Vid. *supra*, págs.504-516.

aceptación de la PAC mediante tramitación escrita o votos decisivos para la aceptación de la PAC en junta por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenida mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios, mientras que debe considerarse como causa de oposición subsanable la infracción en las reglas de la tramitación escrita, previstas en el art.115 bis (vgr., el incumplimiento del presupuesto de aplicación de la tramitación escrita o la infracción del plazo para presentar las adhesiones o votos en contra), y la infracción en la constitución de la junta o su celebración, causa de oposición que incluye la infracción de cualquier requisito formal exigido en la convocatoria, constitución, celebración y votación de la junta (arts.116-126 LC).

Como apuntábamos, para poder oponerse a la aprobación del convenio por infracción en la constitución o celebración de la junta, se exige denuncia previa de la infracción en el momento de su comisión por parte de quien esté interesado en formular oposición⁷²⁵. Una aproximación al régimen de esta causa de oposición consistente con las finalidades de la PAC nos conduce a interpretar el requisito de la denuncia previa como un incentivo para detectar las

⁷²⁵ El art.128.4 LC precisa que esta denuncia previa no se exige cuando la oposición se fundamenta en votos o adhesiones emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras contrarias a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios. El legislador parece incluir esta causa de oposición en la relativa a la infracción de las normas sobre constitución y celebración de la junta y por esa razón la excluye de esta exigencia de denuncia previa, si bien es claro que la ostentación de la titularidad ilegítima de un crédito o aquellas maniobras contrarias a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios son infracciones que no necesariamente se cometen en el seno de la junta y que por otro lado tienen carácter insubsanable, por tanto distintas claramente de las que exigen denuncia previa y respecto de las cuales, en fin, esta denuncia previa no podría cumplir su función de reducir los costes del procedimiento concursal, que pasamos a analizar. Vid. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, págs.135-136.

infracciones en el seno de la junta y subsanarlas, si es posible, en el mismo momento de la celebración de la junta con el fin de evitar la posterior declaración de nulidad de las actuaciones así como la consiguiente convocatoria de una nueva junta, reduciendo de esta manera los costes del concurso sustancialmente. Cuando no sea posible la subsanación de la infracción en el mismo momento de su comisión, aquella se debe perseguir mediante la oposición a la aprobación del convenio. Siendo esta la función que cumple el requisito de la denuncia previa para poder formular oposición a la aprobación del convenio, debe exigirse no sólo a los acreedores sino también a la administración concursal⁷²⁶, que, por otro lado, al contar con un miembro abogado⁷²⁷, tiene más posibilidades de detectar en el momento de su comisión cualquier infracción en las normas que regulan la constitución y celebración de la junta⁷²⁸.

Sin embargo, la exigencia de denuncia previa ha sido criticada por la dificultad de los acreedores asistentes a la junta de apercibirse, durante el desarrollo de la misma, de las infracciones legales en su constitución o celebración⁷²⁹. Por este

⁷²⁶ Y al deudor, que también está legitimado para oponerse a la aprobación del convenio, si bien esta legitimación la descartamos en el caso de la PAC.

⁷²⁷ Con todo, en el caso del procedimiento abreviado, la administración concursal puede no estar integrada por un abogado sino únicamente por auditor de cuentas, economista o titulado mercantil (art.27.2.3º LC).

⁷²⁸ En este sentido, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.2419-2422.

⁷²⁹ Vid. Alberto SALA REIXACHS, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.1389-1390. También se ha dicho que puede favorecer las denuncias preventivas o defensivas, en caso de duda, con el fin de salvaguardar la legitimación en el momento de la oposición. Vid. Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, págs.2419-2422.

motivo, la doctrina se muestra partidaria de no negar la legitimación a los que pretendan oponerse a la aprobación del convenio por infracción legal en la constitución o celebración de la junta cuando la infracción no pudo conocerse durante su desarrollo, sino con posterioridad a su finalización, y por lo tanto no pudieron denunciarla previamente, lo que de admitirse debería comportar, a cargo de quien se oponga, la difícil prueba del desconocimiento de la infracción en el momento de su comisión⁷³⁰.

Si la sentencia estima la oposición por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, el juez acuerda que el secretario judicial convoque una nueva junta con los mismos requisitos de publicidad y antelación establecidos en el art.111.2 LC. Esta nueva junta ha de celebrarse en el mes siguiente a la fecha de la sentencia y en ella se somete nuevamente a deliberación y votación la misma PAC contra la cual se ha formulado oposición. Por otro lado, si la sentencia estima la oposición por infracción legal en la tramitación escrita el juez puede acordar que el secretario judicial convoque la junta de acreedores o que se proceda a una nueva tramitación escrita por un plazo no superior a treinta días desde la fecha de la sentencia (art. 129.2 LC).

En cambio, Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 129”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.911, defiende que esta norma no es más que una aplicación concreta de la doctrina constitucional sobre la interdicción de la indefensión del art.24.1 CE, que no puede alegarse si a pesar de existir una resolución judicial lesiva del derecho no se ha observado frente aquélla en el curso de las diferentes fases procesales la debida conducta diligente para conseguir su rectificación, pues no sufre indefensión quien pudiendo defender sus intereses no lo hace. Por otro lado, otros la consideran una restricción para evitar prácticas dilatorias o de mala fe. En estes sentido, vid. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, págs.135-136.

⁷³⁰ Vid. Modesto DE BUSTOS, “Comentario al artículo 128”, *op.cit.*, pág.634.

Por último, también el régimen del rechazo de oficio del convenio ya aceptado presenta alguna especialidad cuando la PAC es mantenida para ser sometida a la junta de acreedores. La primera hace referencia al inicio del plazo de diez días dentro del cual el juez puede rechazar de oficio el convenio: si la PAC se ha aceptado en junta de acreedores, el juez puede rechazar de oficio el convenio a partir de la fecha de conclusión de la junta. Respecto a esta fecha de inicio del plazo para el rechazo de oficio del convenio, damos por reproducidas las consideraciones críticas realizadas al tratar la fecha de inicio del plazo para formular oposición a la aprobación de la PAC aceptada en junta de acreedores⁷³¹.

La segunda es la relativa a las causas de rechazo de oficio: constituye causa subsanable de rechazo del convenio la infracción de las normas de constitución o celebración de la junta y si el juez en su examen de la legalidad de la PAC aprecia alguna infracción de este tipo debe dictar auto acordando la convocatoria de una nueva junta para su celebración. Sorprendía, y así se había expresado la doctrina, que la introducción de la tramitación escrita de la propuesta de convenio en la fase de convenio por parte del Real Decreto-ley 3/2009 y la consiguiente afectación de las normas relativas a la oposición y al rechazo de oficio de la aprobación del convenio no hubiese ido acompañada de la correspondiente adaptación de las normas sobre el rechazo de oficio y sí en

⁷³¹ Vid. *supra*, págs.563-565.

cambio de la oposición⁷³². Y es que en el art.131 LC no había incorporado la causa de rechazo de oficio referida a la tramitación escrita ni el contenido de la sentencia que la estimase, a diferencia de lo que hacían los arts.128.1 y 129.2 LC relativos a la oposición a la aprobación del convenio. La Ley 38/2011 ha venido a corregir esa omisión injustificada, de manera que el art.131 LC contempla como nueva causaa de rechazo de oficio, además de las infracciones en la forma y contenido de las adhesiones, o en sus revocaciones, y la emisión de adhesiones o votos decisivos para la aceptación de la PAC en junta por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenida mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios, las infracciones relativas a las reglas de la tramitación escrita. Si la sentencia estima infracción legal en la tramitación escrita el juez puede acordar que el secretario judicial convoque junta de acreedores o que se proceda a una nueva tramitación escrita por un plazo no superior a treinta días desde la fecha del auto (art. 129.2 LC). En segundo lugar, si el juez detecta alguna infracción en la constitución o en la celebración de la junta, debe acordar que el secretario judicial convoque una nueva junta con los mismos requisitos de publicidad y antelación establecidos en el art.111.2 LC, a celebrar en el mes siguiente a la fecha de la sentencia.

VII. Cumplimiento e incumplimiento del convenio

El interés del deudor y de los acreedores perseguido con la PAC no se ve satisfecho con la aprobación del convenio sino con su cumplimiento, declarado por el juez, y la consiguiente conclusión del concurso. Es por ello que un análisis

⁷³² Vid., Alberto DÍAZ MORENO, “Nuevo régimen del convenio y algunas cuestiones procesales”, Revista El Notario, 2009, págs.57-67.

integral de la PAC debe extenderse hasta el cumplimiento y el incumplimiento del convenio, cuestiones que se abordan a continuación.

1. Cumplimiento del convenio

El cumplimiento constituye la última fase en la vida del convenio concursal, la de su consumación o ejecución, la del cumplimiento del fin para el cual el convenio se celebra, a través de la realización de las prestaciones debidas, que comporta la extinción de las obligaciones contenidas en el convenio y la consiguiente liberación del deudor y por ende la satisfacción de los intereses de las partes, en especial de los acreedores, función última del concurso y a cuyo alcance se dirigen las finalidades de la PAC. Es por ello esencial para garantizar la consistencia del régimen jurídico de la PAC con aquella función y aquellas finalidades que este régimen jurídico incorpore las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del convenio, pues de esta manera se asegura la realización de la función del concurso, o sea la satisfacción de los acreedores.

1.1. Las medidas de aseguramiento del cumplimiento del convenio

El legislador prevé un conjunto de medidas para asegurar el cumplimiento del convenio. Una de estas medidas consiste en la posibilidad de que las partes pacten en el convenio la prohibición o limitación del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor a lo largo de la fase de ejecución del convenio (art.137 LC). Estas medidas prohibitivas o limitativas de las facultades del deudor, como posible contenido del convenio, ya han sido tratadas y nos

remitimos al capítulo anterior para su análisis más detallado⁷³³. Baste recordar aquí que se trata de medidas limitativas que vienen a complementar los deberes generales de información y colaboración impuestos al deudor a lo largo del procedimiento concursal por el art.42 LC, cuya aplicación puede extenderse más allá de la aprobación del convenio (art.133.2 LC), y que buscan, al igual que aquellos deberes generales, impedir que el deudor realice actos contrarios a aquello pactado en el convenio y que puedan malbaratar los bienes que integran su patrimonio, actos que resultarían contrarios a la conservación de su actividad empresarial o profesional y perjudiciales para los intereses de los acreedores.

Como veremos seguidamente al analizar el incumplimiento del convenio, la infracción de estas medidas limitativas puede tener consecuencias fatales para los intereses de los acreedores, puesto que puede conducir a la declaración de incumplimiento del convenio.

Con efectos totalmente distintos en caso de infracción, pero compartiendo el mismo fundamento que las anteriores medidas limitativas, encontramos otra medida para asegurar el cumplimiento del convenio prevista por el legislador consistente en el deber impuesto al deudor de informar sobre el cumplimiento del convenio (art.138 LC) y que se materializa en informar al juez del concurso sobre su cumplimiento cada seis meses, a partir de la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio.

⁷³³ Vid. *supra*, págs.263-268.

No se extiende el legislador en detallar en qué consiste este deber de información, cuál es su objeto. Aunque es claro que, si dicho deber trata de evitar que el deudor realice actos contrarios a aquello pactado en el convenio y que puedan malbaratar los bienes que integran su patrimonio, el deudor ha de informar al juez sobre la ejecución o cumplimiento regular de cada una de las obligaciones y compromisos contraídos tanto por él mismo como por los acreedores o terceros en el convenio: así, el pago de los créditos en la cuantía y tiempo acordados, la realización de las operaciones de conversión de créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos, de enajenación de bienes, de fusión o escisión, el cumplimiento de las medidas prohibitivas y limitativas de las facultades del deudor, y en fin el respeto de cualquier otro contenido acordado en el convenio. En la medida en que el informe que presenta el deudor no goza de ningún tipo de publicidad, se entiende que esta información no está dirigida a los acreedores, pues no tienen acceso a él, sino sólo al juez, a los efectos de constatar el regular cumplimiento de todas las obligaciones, que de completarse lleva al cumplimiento íntegro del convenio y consiguiente conclusión del concurso.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde el deber de información sobre el cumplimiento del convenio recae sobre los órganos del concurso o los acreedores⁷³⁴, la LC hace recaer sobre el deudor dicho deber. Es claro que el deudor está interesado en el cumplimiento del convenio, no sólo porque éste implica la extinción de las obligaciones que tiene contraídas con sus

⁷³⁴ Vid., por ejemplo, los arts.260 y 261 InsO.

acreedores, sino por las ventajas que el propio convenio le pueda reportar a él. Ya vimos al analizar las finalidades de la PAC que uno de los elementos que puede contribuir a la anticipación de la declaración de concurso, y por consiguiente a la reducción de costes y a la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, es el incentivo positivo que la PAC supone para el deudor, pues le permite una solución rápida y menos costosa a su insolvencia, beneficiando así no sólo a los acreedores sino también al deudor. Tomando esto en consideración, es claro que el deudor está suficientemente motivado para cumplir con su deber de información sobre el cumplimiento del convenio y por tanto queda justificado que la LC imponga ese deber al deudor y no a otras personas.

Con todo, no es el interés del deudor en alcanzar el cumplimiento del convenio la única ni principal razón para imponerle el deber de informar sobre el cumplimiento del convenio. La razón fundamental por la que es el deudor y no otra persona la que debe informar sobre el cumplimiento del convenio reside en que él es el que está mejor posicionado para cumplir tal deber, puesto que dispone de toda la información relevante sobre el cumplimiento del convenio y por lo tanto es la persona idónea para proporcionar la información sobre el cumplimiento del convenio al juez del concurso.

La interpretación racional de la conducta del deudor durante el cumplimiento del convenio, que presupone que el deudor cumplirá con su deber de información porque le beneficia, puede explicar porqué la LC no contiene una sanción expresa ante el incumplimiento de este deber, ya que se entiende que

las ventajas del cumplimiento del deber de información que se derivan para el deudor son suficiente incentivo para asegurarlo, sin ser necesaria una sanción que motive al deudor a cumplir su deber. Encontramos, sin embargo, una justificación ulterior si atendemos al fundamento del deber de información, que se sitúa, como hemos afirmado, en el aseguramiento del cumplimiento con el fin de evitar actos contrarios a dicho cumplimiento que impidan la satisfacción de los acreedores. Así, se exige al deudor, que es el que mejor conoce el estado del cumplimiento del convenio y que dispone de toda la información al respecto, que informe al juez sobre el cumplimiento del convenio. Si el deudor incumple el deber de informar y se produce algún perjuicio para los acreedores, estos, como veremos a continuación, pueden presentar la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio, de manera que a pesar de que no exista una sanción ante aquel incumplimiento los acreedores tienen mecanismos para proteger sus intereses. De lo contrario, si aquel incumplimiento no causa ningún perjuicio a los acreedores, se entiende que no se prevea ninguna sanción.

Pero esta constatación no obsta a considerar que hubiese resultado oportuna la previsión de medidas para situaciones de falta de cooperación sobrevenida entre el deudor y sus acreedores. La falta de previsión de medidas por parte del legislador ante el incumplimiento del deber de información impuesto al deudor, sin embargo, no debería impedir que el juez discrecionalmente adopte las medidas que considere apropiadas para evitar que aquel incumplimiento genere algún perjuicio a los acreedores. Así, aunque la LC no lo mencione, y especialmente en aquellos casos en que se hayan previsto medidas limitativas de

las facultades de administración del deudor sobre su patrimonio y se haya nombrado en el convenio a alguien que desempeñe las facultades que el deudor no pueda asumir, puede resultar conveniente que sea la persona nombrada en el convenio quien asuma también la función de informar al juez si llegado el día el deudor incumple su deber⁷³⁵. Entre otros motivos porque en estos supuestos en que haya medidas limitativas y un administrador, un acreedor o incluso un tercero asuma las facultades que el deudor tiene privadas, posiblemente esa persona nombrada en el convenio esté mejor posicionada que el propio deudor para proporcionar la información al juez.

1.2. La declaración judicial de cumplimiento del convenio

El deudor no sólo ha de informar al juez del concurso sobre el cumplimiento del convenio cada seis meses sino que además, una vez estima íntegramente cumplido el convenio, debe presentar al juez del concurso el informe sobre el cumplimiento del convenio con la justificación adecuada y solicitar la declaración judicial de cumplimiento (art.139.1 LC). No se anuda al incumplimiento de este deber, como ya sucedía con el de información semestral, ninguna sanción y de nuevo la doctrina destaca el hecho de que la LC no contempla el supuesto en que el deudor no solicite la declaración de cumplimiento⁷³⁶. Creemos reproducibles las consideraciones que hemos expuesto anteriormente respecto al deber de información semestral del deudor.

⁷³⁵ En este sentido se expresa Nemesio VARA DE PAZ, “Cumplimiento e incumplimiento del convenio...”, *op.cit.*, págs. 4753-4779.

⁷³⁶ Vid. Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 139”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs.957-959.

Éste está suficientemente motivado para presentar al juez el informe sobre el cumplimiento y solicitar la declaración judicial de cumplimiento debido a las ventajas que le reporta tal conducta acorde con las exigencias impuestas por la LC. Si, pese a todo, el deudor acaba incumpliendo su deber y existen daños a los acreedores, estos pueden proteger sus intereses mediante la solicitud de la declaración de incumplimiento, de manera que no resultaría inconsistente con las finalidades de la PAC la falta de sanción al deudor.

El legislador hace recaer los deberes mencionados sobre quien está en mejor situación para proporcionar la información sobre el cumplimiento del convenio y más incentivado para solicitar el cumplimiento, esto es el deudor⁷³⁷. Por ello no prevé la LC que la declaración judicial de cumplimiento del convenio la solicite ningún otro interesado, ni los acreedores ni la administración concursal. Tampoco el juez puede declararla de oficio, a pesar de que debe examinar los informes semestrales que le presenta el deudor y de los que podría comprobar el cumplimiento del convenio. Ello no obstante, algunos autores proponen que, de haberse nombrado en el convenio comisión de vigilancia de su cumplimiento o haber asignado a los administradores concursales funciones de administración del patrimonio del deudor durante el cumplimiento del convenio, también puede atribuírseles la legitimación activa para solicitar la declaración de cumplimiento⁷³⁸. No carece de sentido esta propuesta si se tiene en cuenta que

⁷³⁷ Vid. Ángel MARINA GARCÍA-TUÑÓN, “Comentario al artículo 139”, en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (coords.), *Comentarios...*, *op.cit.*, págs. 2521-2523.

⁷³⁸ Vid., Nemesio VARA DE PAZ, “Comentario al artículo 139”, en Juana PULGAR EZQUERRA, Alberto ALONSO UREBA, Guillermo ALCOVER GARAU y Carmen ALONSO LEDESMA (dirs.), *Comentarios...*, *op.cit.*, pág.1270.

en estos supuestos pueden existir medidas limitativas de las facultades de administración y disposición del deudor, asumidas por la comisión de vigilancia o por los administradores concursales, y ser estos órganos los que se encuentran en una mejor posición para informar al juez sobre el cumplimiento del convenio, al igual que hemos defendido respecto al deber de información semestral sobre el cumplimiento del convenio impuesto al deudor.

A diferencia de los informes semestrales que debe presentar el deudor, los acreedores sí tienen acceso al informe final y por tanto deviene un mecanismo adicional de información para ellos. Así, una vez el deudor haya presentado la solicitud de declaración judicial de cumplimiento acompañada del informe correspondiente con la justificación adecuada, estos documentos son puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado por orden del juez (art.139.1 LC). Transcurridos quince días desde la puesta de manifiesto, el juez, si estima cumplido el convenio, lo declara mediante auto, al cual da la misma publicidad que a su aprobación (art.139.2 LC). A pesar de este plazo de quince días, la LC no considera la posibilidad de que los acreedores se opongan a la solicitud de declaración de cumplimiento o al informe aportado por el deudor. Pero ello no significa que los acreedores no dispongan de ningún mecanismo para defender sus intereses si entienden que aquel cumplimiento no es procedente. Y es que los acreedores en todo caso pueden interponer recurso de reposición contra el auto que declara el cumplimiento del convenio (art.197.3 LC) o bien solicitar la declaración de incumplimiento dentro de los dos meses contados desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento del convenio (art.140.1 LC).

1.3. Conclusión del concurso por cumplimiento del convenio

Cuando el auto de declaración de cumplimiento ha ganado firmeza y ha transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, han sido rechazadas por resolución judicial firme las que se hubiesen ejercitado, el juez dicta auto de conclusión del concurso al cual se da la publicidad prevista en los arts.23 y 24 LC.

La emisión del auto de conclusión del concurso adquiere una relevancia especial en relación al convenio, puesto que declara el despliegue de los efectos extintivo, satisfactivo y liberatorio de la PAC y que todo negocio jurídico produce en el momento del pago o cumplimiento de la obligación que de él se derive⁷³⁹. Así, el cumplimiento del convenio, como el de cualquier negocio jurídico, supone por un lado la extinción de las obligaciones nacidas del convenio y la consiguiente liberación del deudor, de manera que queda desvinculado de sus acreedores y finalizan las posibles medidas limitativas o prohibitivas que afectaban las facultades de disposición y administración de su patrimonio. Y por otro, supone la satisfacción de los acreedores y por lo tanto la realización de la función del concurso. Sin embargo, la especial naturaleza del convenio concursal, que conjuga elementos negociales y procesales, provoca que si bien el momento de su cumplimiento es el que determina el inicio de los efectos mencionados, esto es la extinción de las obligaciones, la satisfacción de los acreedores y la liberación del deudor, se requiera el reconocimiento por parte del juez de dicho

⁷³⁹ En este sentido, vid. Jose Luis LACRUZ BERDEJO (*et alt.*), *Elementos de Derecho civil, op.cit.*, págs.137-141.

cumplimiento, contenido en el auto de conclusión del concurso, constatándolo frente a todos.

2. Incumplimiento del convenio

Como hemos advertido, la satisfacción de los acreedores y del deudor no se alcanza hasta que se cumple íntegramente el convenio, así lo declara el juez del concurso y finalmente dicta auto de conclusión del concurso. Ello es así, y la satisfacción de los acreedores no se alcanza hasta la conclusión del concurso, porque, por circunstancias diversas, antes de la conclusión del concurso, las prestaciones y obligaciones debidas en base al convenio pueden incumplirse y frustrarse de esta manera el fin del convenio y las expectativas creadas en los acreedores. El régimen jurídico del incumplimiento del convenio se dirige precisamente a proteger los intereses de los acreedores en estos supuestos de desenvolvimiento irregular del cumplimiento del convenio, si bien, como veremos, los efectos que acarrea la declaración judicial de incumplimiento hacen poner en duda la efectividad de aquella protección y la consistencia de la institución con las finalidades de la PAC y la función del concurso.

2.1. Supuestos de incumplimiento del convenio

El contenido del convenio ha de ser cumplido en sus propios términos, en el tiempo y forma pactados. Sin embargo, dicho cumplimiento puede verse impedido por diversos motivos. En general, la doctrina reconoce los siguientes supuestos de incumplimiento de las obligaciones: el retraso del deudor en el cumplimiento, la imposibilidad definitiva del cumplimiento, la inexactitud en la

realización de la prestación debida y la falta de disposición del deudor a cumplir⁷⁴⁰. Todos estos supuestos pueden acaecer a lo largo de la vigencia del convenio y así lo admite la LC, si bien no de manera explícita (arts.137, 140 y 142 LC), dándoles un tratamiento diverso: la LC distingue los supuestos de imposibilidad definitiva de cumplir el convenio, que constituyen causa para solicitar directamente la liquidación, del resto de supuestos de incumplimiento del contenido del convenio, que constituyen motivo para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio y que tratamos en el siguiente apartado.

Respecto a los primeros supuestos, aquellos en que, a pesar de haberse aprobado un convenio y haberse iniciado su cumplimiento, los problemas de solvencia del deudor no consiguen resolverse mediante el contenido pactado en el convenio y su cumplimiento se torna imposible definitivamente, el legislador busca un tratamiento procesal ágil para la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación, pues, en estos casos, es claro que no tiene sentido seguir con la vigencia del convenio y debe buscarse cuanto antes, sin perder tiempo que deteriore el valor del patrimonio del deudor, otra solución distinta que satisfaga los intereses de los acreedores del deudor. Es por ello que estos supuestos de incumplimiento del convenio no se canalizan a través de la institución del incumplimiento, esto es no ha de solicitarse la declaración judicial de incumplimiento, sino que debe solicitarse directamente la apertura de la fase de liquidación. Así, la LC impone al deudor el deber de solicitar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir

⁷⁴⁰ Vid., Jose Luis LACRUZ BERDEJO (*et alt.*), *Elementos de Derecho Civil, op.cit.*, págs. 169-170.

los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél (art.142.2 LC). Así, el presupuesto de la solicitud de la liquidación en este supuesto es la vigencia del convenio, de manera que se impone al deudor el deber de solicitar la liquidación cuando todavía no se haya producido el incumplimiento del convenio⁷⁴¹. De esta manera, al solicitar el deudor directamente la liquidación, se gana tiempo, ya que el juez dicta sin dilación auto abriendo la fase de liquidación, consiguiendo así un rápido tránsito de la solución negociada a la solución liquidatoria, antes de se produzca el fracaso del convenio⁷⁴².

El tratamiento de este supuesto de incumplimiento resulta consistente con las finalidades de la PAC, especialmente con la de reducción de costes, pues, como se acaba de ver, se busca agilidad y rapidez en la tramitación para dar por finalizada la fase de convenio y abrir la fase de liquidación; con la de conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor, en la medida en que la solicitud de la liquidación durante de la vigencia del convenio, cuando aún no ha sido incumplido, facilita que, mediante un plan de liquidación, se puedan adoptar otras medidas diferentes a las contenidas en el convenio que puedan asimismo conservar la actividad empresarial o profesional del deudor; y con la de satisfacción de los areedores, pues con lo anterior se consigue evitar

⁷⁴¹ Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La apertura de la fase de liquidación”, en Ignacio QUINTANA CARLO, Ángel BONET NAVARRO y José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dirs.), *Las Claves de la Ley Concursal*, *op.cit.*, págs.509-526, quien equipara esta situación a la de insolvencia inminente.

⁷⁴² A falta de plazo expreso, resulta de aplicación el art.186.3 LC, en virtud del cual, cuando la ley no fije plazo para dictar una resolución, ésta debe dictarse sin dilación. Vid., Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La apertura de la fase de liquidación”, *op.cit.*, pág.523.

que el patrimonio del deudor se devalúe en exceso, lo cual reduciría la cuota de satisfacción de los acreedores.

Por otro lado, si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, puede hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso según el art.2.4 LC (art.142.2 LC). En este supuesto, también nos encontramos ante una situación en que el convenio no ha conseguido resolver los problemas de solvencia del deudor, pero parece que no se trata de un incumplimiento inminente, como en el supuesto anterior a petición del deudor, sino actual, tal como sucede para solicitar la declaración de concurso del deudor, puesto que los acreedores han de probar la existencia, por ejemplo, del sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor o el incumplimiento generalizado de determinadas clases de obligaciones (art.2.4.1º y 4º LC).

Estos supuestos de incumplimiento, ya sea inminente o actual, hacen referencia a casos de imposibilidad definitiva de cumplir el convenio, por problemas de solvencia y a los que el legislador le quiere dar un tratamiento procesal ágil que ahorre tiempo permitiendo solicitar directamente la apertura de la fase de liquidación. Sin embargo, como ya hemos apuntado, estos casos no cubren toda la tipología de supuestos de incumplimiento del convenio. En otros casos, el incumplimiento puede venir motivado no por un impedimento que obstaculice definitivamente llevar a cabo las prestaciones debidas sino por otras razones, y en estos casos no procede la solicitud de la apertura de la fase de liquidación sino la solicitud de la declaración judicial de incumplimiento.

2.2. La declaración judicial de incumplimiento del convenio

No establece la LC una distinción clara entre los supuestos de incumplimiento del convenio que causan directamente la apertura de la fase de liquidación y los que son causa de declaración de incumplimiento. Con todo, podemos afirmar que, cuando el incumplimiento no viene provocado por una situación de insolvencia, actual o inminente, puede consistir en el incumplimiento puntual de alguna de las obligaciones contraídas en el convenio por el deudor u otros obligados⁷⁴³, no un incumplimiento generalizado, motivado por un retraso en la ejecución de la prestación debida, por una falta de exactitud en el cumplimiento o por la simple falta de voluntad de cumplir. Son estos los supuestos a los que atiende el régimen jurídico del incumplimiento, que se inicia con la interposición ante el juez del concurso de la acción para solicitar la declaración de incumplimiento y puede ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento hasta los dos meses posteriores a la publicación del auto de cumplimiento (art.140.1 LC). La solicitud se tramita a través del incidente concursal y contra la sentencia que resuelva el incidente cabe recurso de apelación.

El legislador legitima activamente a los acreedores para solicitar la declaración de incumplimiento ante el juez del concurso⁷⁴⁴. Ello no obstante, los legitimados

⁷⁴³ No distingue la LC la autoría del incumplimiento, aunque si el incumplimiento es imputable al deudor constituye un hecho que determina la calificación del concurso como culpable, según el art.164.2.3 LC.

⁷⁴⁴ Vid., Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 139”, *op.cit.*, págs.958-959, quien considera antieconómico este sistema, porque se fuerza a los acreedores al inicio de un proceso que se podría evitar si el juez controlase de oficio el incumplimiento.

para solicitar al juez la declaración de incumplimiento del convenio varían en función del tipo de infracción que provoca el incumplimiento del convenio. Si el deudor ha infringido las medidas limitativas o prohibitivas establecidas en el convenio que sobre él recaen, cualquier acreedor puede solicitar la declaración de incumplimiento (art.137 LC)⁷⁴⁵. Por el contrario, si se trata de una infracción del resto del contenido del convenio, sólo el acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte puede solicitar la declaración de incumplimiento (art.140.1 LC)⁷⁴⁶.

Si bien hemos afirmado que el tratamiento del incumplimiento definitivo del convenio en la LC resulta consistente con las finalidades de la PAC, no podemos decir lo mismo de la regulación del resto de causas de incumplimiento del convenio, que pueden obedecer a muy distintas situaciones y tener efectos muy diversos en el futuro cumplimiento del convenio así como en los intereses de los acreedores. Y es que, si bien los supuestos de incumplimiento basado en la insolvencia del deudor reciben un tratamiento diferente al del resto de supuestos, ello no se traduce, como veremos en el siguiente apartado, en un

⁷⁴⁵ Aunque el art.137.1 LC. se refiere a *cualquier acreedor* como legitimado para solicitar la declaración de incumplimiento en caso de infracción de las medidas limitativas o prohibitivas, se entiende que ha de tratarse de cualquier acreedor que se vea afectado por el convenio, puesto que sólo estos pueden resultar perjudicados por un posible incumplimiento del contenido del convenio. Por tanto no estaría legitimado el acreedor privilegiado que no se hubiese adherido o no hubiese votado a favor de la PAC. Esta legitimación, pues, se diferencia de la prevista para los supuestos de incumplimiento del convenio basado en hechos del art.2.4 LC, que hace referencia a cualquier acreedor del deudor, afectado o no por el convenio. En este sentido, vid. Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La apertura de la fase de liquidación”, *op.cit.*, págs.524-525.

⁷⁴⁶ En este sentido, vid. SAP de Las Palmas (sección 4ª) de 23 de enero de 2008, que niega la legitimación para instar la declaración de incumplimiento de un convenio a un acreedor privilegiado que no había votado a favor del mismo y que en nada le afectaba.

régimen distinto de los efectos de unos supuestos y otros, pues ambos conducen a la apertura de la fase de liquidación. Así, cualquier infracción del convenio es motivo para solicitar la declaración de incumplimiento, tanto, por ejemplo, la falta de autorización del administrador concursal, nombrado en el convenio para asumir las facultades que el deudor no puede desempeñar, para un acto que no genera ningún perjuicio ni al patrimonio del deudor ni en definitiva a los acreedores como el incumplimiento del pago de algún crédito concursal en los términos previstos en el convenio. Esta constatación lleva a considerar que la acción que se concede a los acreedores del deudor para solicitar la declaración de incumplimiento, dirigida en principio a proteger los intereses de los acreedores, puede acabar perjudicándolos más que el incumplimiento en sí, pues conduce irremediablemente, de verificarse la existencia del incumplimiento, a la apertura de la fase de liquidación, aunque el acto llevado a cabo por el deudor infringiendo las medidas prohibitivas o limitativas contenidas en el convenio no perjudique a los acreedores ni afecte a la viabilidad del cumplimiento del convenio. Y esto resulta claramente contradictorio con las finalidades de la PAC, como a continuación se demuestra al analizar los efectos de la declaración judicial de incumplimiento.

2.2.1. Efectos de la declaración judicial de incumplimiento

La declaración judicial de incumplimiento del convenio concursal produce un conjunto de efectos que acarrear enormes costes para los acreedores y que han servido de argumento a la doctrina para plantear medidas alternativas a la

declaración de incumplimiento del convenio ante situaciones en que aún pueda alcanzarse el fin del convenio.

En primer lugar, la declaración de incumplimiento del convenio supone la rescisión del convenio concursal (art.140.4 LC). Sobre si estamos propiamente ante la rescisión del convenio se ha debatido en la doctrina, que se ha mostrado mayoritariamente en contra del uso de este término en el contexto del convenio concursal⁷⁴⁷. La rescisión se aplica a negocios jurídicos válidamente celebrados, que no sufren ningún vicio o defecto en su formación, pero que producen un perjuicio a una de las partes (arts.1290-1299 Cc). En razón a ese perjuicio, el ordenamiento concede a las personas afectadas una acción para hacer cesar la eficacia de ese negocio jurídico. Se trata de una ineficacia sobrevinida, puesto que el negocio jurídico reúne todos los elementos esenciales y no sufre ningún vicio. Ciertamente, en el contexto del incumplimiento del convenio concursal, éste ha sido aceptado y aprobado según la legalidad establecida, y es en la etapa de su cumplimiento cuando aparece el perjuicio a los acreedores. Ahora bien, en el régimen general de la rescisión, ésta produce la ineficacia del mismo con efectos retroactivos desde el momento de su celebración, de manera que se vuelva a la situación existente antes de aquella celebración y por ello han de restituirse las prestaciones realizadas por las partes con sus frutos e intereses

⁷⁴⁷ La crítica doctrinal al uso del término *rescisión* en el art.140.4 LC reproduce las consideraciones ya expresadas en relación a los derogados arts.906 Ccom de 1885 y 17 LSP, que legitimaban a cualquier acreedor para pedir la rescisión del convenio si el deudor faltaba al cumplimiento de lo estipulado en él. Vid., Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, *op.cit.*, págs.245-252.

(art.1295 Cc)⁷⁴⁸, efectos que no son los previstos para el caso del convenio concursal, puesto que el art.162 LC, sobre la coordinación con pagos anteriores en fase de convenio, establece que si antes de la liquidación hubiese habido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumen legítimos los pagos realizados en él, salvo que se pruebe la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. Y añade que quienes hayan recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retienen en su poder, pero no pueden participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente. Es claro pues que la rescisión que el art.140.4 LC contempla no es de la misma naturaleza que la prevista en general para los contratos en los arts.1290 y ss Cc. Por esto, algunos autores prefieren el término resolución para referirse a la extinción del convenio como consecuencia de la acción ejercitada por el acreedor en base al incumplimiento del convenio⁷⁴⁹.

En segundo lugar, la declaración de incumplimiento provoca la desaparición de los efectos sobre los créditos que produce el convenio concursal aprobado (art.140.4 LC). Los créditos no se ven extinguidos por la quita ni aplazados por la espera previstas en el convenio ni en general afectados por el contenido del

⁷⁴⁸ Vid., Ángel CARRASCO PERERA, “Comentario al artículo 140”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios...*, vol.II, *op.cit.*, págs.1512-1528.

⁷⁴⁹ Vid. por todos, José Alberto REVILLA GONZÁLEZ, “Conclusión del concurso”, *op.cit.*, págs. 173-205.

convenio (art.136 LC). Estrechamente vinculada con esta cuestión, cabe recordar la polémica existente antes de la reforma concursal de 2011 acerca de los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad, que, conforme al art.100.5 LC, se satisfacen según lo establecido en el convenio. En especial, damos por reproducidas las consideraciones realizadas en el capítulo anterior sobre la cuestión de qué sucede con tales créditos, de no ser clasificados de ninguna manera en el convenio, si finalmente el convenio no se cumple y se produce la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación⁷⁵⁰.

Finalmente, si el juez declara el incumplimiento del convenio, procede la apertura de oficio de la fase de liquidación (art.143.1.5 LC). Una vez sea firme la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio, el juez abre de oficio la liquidación (art.143.1.5 LC). Además, cuando se abre la fase de liquidación por haber fracasado el convenio por causa imputable al deudor, el concurso se califica como culpable, con las consecuencias que dicha calificación comporta (art.164.2.3 y 167.2 LC).

Es claro que los efectos de la declaración de incumplimiento del convenio resultan perjudiciales para los acreedores, puesto que de una solución pactada con el deudor que satisfacía sus intereses y que ya estaba en fase de ejecución deben pasar a soportar la conversión a la fase de liquidación, con el consiguiente incremento en la duración del procedimiento concursal que a su vez retrasa el momento de la satisfacción de sus créditos según lo previsto por el plan de liquidación. Teniendo en cuenta estos efectos perjudiciales así como los

⁷⁵⁰ Vid. *supra*, págs.192-200.

enormes costes que genera para los acreedores la declaración de incumplimiento, cabe plantearse la posibilidad de que frente a determinadas infracciones no quepa recurrir únicamente a la declaración de incumplimiento sino que pueda solicitarse la anulación del acto, en virtud del art.40.7 LC, limitando de esta manera los efectos del incumplimiento del convenio al incumplimiento que afecte a obligaciones fundamentales y de cierta entidad, que impidan el fin del negocio⁷⁵¹. Sin duda, esta posibilidad serviría a las finalidades de la PAC en mayor medida que la declaración de incumplimiento del convenio en cualquier supuesto de infracción del contenido del convenio.

Asimismo, la protección de las expectativas de los acreedores en el convenio exigiría la previsión de medidas para garantizar el cumplimiento forzoso del convenio si el deudor o cualquier otro obligado a cargo del cual el convenio prevea obligaciones o compromisos se negaran a atender sus obligaciones. Aunque la LC no prevé medidas para asegurar la ejecución forzosa del convenio en los casos en que el cumplimiento del convenio sea aún posible, tampoco impide al juez adoptar semejantes medidas cuando crea oportuno, por ejemplo, en supuestos de falta de voluntad de cumplimiento por parte del deudor en los

⁷⁵¹ En este sentido se pronuncia Faustino CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 140”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios..., op.cit.*, págs.954-955. Por otro lado, el Derecho comparado nos proporciona ejemplos de infracciones del contenido del convenio que no reportan su incumplimiento ni la apertura de la liquidación: así, el art.255.1 InsO prevé la ineficacia sobrevenida del plan sólo en aquellos casos de importante retraso en el cumplimiento del plan, que tiene lugar cuando el acreedor afectado por el retraso haya reclamado el cumplimiento al deudor y le haya concedido dos semanas para cumplir, y el art.186 *Legge fallimentare*, en virtud del cual el concordato preventivo no se puede resolver si el incumplimiento tiene escasa importancia.

cuales sea plausible el cumplimiento forzoso⁷⁵². Y es que en estos casos, en que el cumplimiento del convenio aún es viable y las infracciones o incumplimientos de su contenido no perjudican a los acreedores o bien lo hacen pero hay soluciones alternativas a la declaración de incumplimiento menos lesivas para los intereses de los acreedores, estos resultarían claramente desfavorecidos con la declaración de incumplimiento y posterior resolución del convenio e inicio de la fase de liquidación, contradiciendo de forma evidente las finalidades de la PAC⁷⁵³. En primer lugar, se contradeciría la finalidad de conservar la actividad patrimonial o profesional del deudor, puesto que el plan de liquidación, si bien puede prever la conservación de la actividad del deudor, también puede suponer la realización individual de los bienes que componen el patrimonio del deudor. En segundo lugar, se iría en contra de la finalidad de reducir los costes del concurso, pues la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación alarga el procedimiento y genera más costes no sólo de tiempo, por la mayor duración del concurso, sino también causados por el desvalor del patrimonio del concursado que aquella mayor duración reporta. En tercer lugar, no se estaría promocionando la solución al concurso pactada entre el deudor y sus

⁷⁵² En contra, vid. AJM núm.1 de Zaragoza de 9 de noviembre de 2007, que considera que ex art.140.4 LC no es posible la ejecución forzosa del convenio.

En sentido contrario a este auto, la doctrina se ha planteado incluso, en orden a evitar las consecuencias del incumplimiento del convenio, y cuando se prevea dicho incumplimiento, la posibilidad de proceder a su modificación, cumpliendo los mismos requisitos exigidos para su aceptación y aprobación judicial. Es de esta opinión Nemesio VARA DE PAZ, “Comentario al artículo 139”, *op.cit.*, págs.1275-1276.

⁷⁵³ Vid. SAP Las Palmas, sección 4ª, de 11 de marzo de 2009, sobre cumplimiento tardío del convenio. En su Fundamento de Derecho Cuarto el tribunal acepta que *los cumplimientos defectuosos (que no incumplimientos), entre los que podría considerarse en ciertos casos de escasa entidad el retraso en el pago, deban ser debidamente valorados por el juez, no pareciéndole congruente con el principio de conservación de la empresa el que cualquier incumplimiento no esencial y accesorio dé lugar a consecuencia tan grave como la que el art.140 LC anuda a la resolución del convenio.*

acreedores, puesto que la declaración de incumplimiento lleva a la apertura de la fase de liquidación y por tanto a la solución del concurso mediante el plan de liquidación elaborado por la administración concursal incluso en casos en que el cumplimiento del convenio es viable. Finalmente, y por todo ello, es claro que no se estaría consiguiendo la máxima satisfacción de los acreedores.

CONCLUSIONES

Primera. La PAC forma parte del conjunto de instrumentos que la LC incorpora para reducir los costes generados durante la tramitación del procedimiento concursal, agravados por la excesiva duración del procedimiento, y alcanzar así un procedimiento concursal rápido, poco costoso y ágil, que permita una óptima satisfacción de los acreedores, corrigiendo de esta manera los defectos atribuidos a la legislación concursal vigente antes de la reforma.

Segunda. La PAC es un tipo de propuesta de convenio que presenta unas características propias que la distinguen de la propuesta ordinaria y que sirven para conseguir una serie de finalidades específicas, tendentes a alcanzar aquel procedimiento poco costoso y rápido pretendido por el legislador y en última instancia contribuir a la función del concurso, esto es maximizar la satisfacción de los acreedores. Estas finalidades específicas asignadas a la PAC son la reducción de los costes del concurso, la anticipación de la declaración de concurso y la promoción de la autonomía negocial, finalidades que se suman a las comunes a toda propuesta de convenio, que son la conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor y la satisfacción de los acreedores.

Tercera. La específica originalidad de la PAC y que le permite conseguir aquellas finalidades radica en su tramitación anticipada respecto de la tramitación de la propuesta ordinaria de convenio. A diferencia de esta, la PAC inicia su tramitación procesal en la fase común, con su presentación al juez del

concurso con la propia solicitud de concurso voluntario o, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. A partir de su admisión a trámite y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, los acreedores que aún no se haya adherido a la PAC antes de su presentación pueden hacerlo en ese momento. De esta manera, si la PAC es aceptada por los acreedores a lo largo de la fase común, y no existe ninguna causa de oposición o de rechazo de oficio, el juez la aprueba, evitando la apertura de la fase de convenio y la consiguiente celebración de la junta de acreedores.

Cuarta. La tramitación anticipada de la PAC, durante la fase común, sin esperar a la apertura de la fase de convenio, es posible porque actuaciones que tradicionalmente tenían lugar durante el concurso se celebran fuera del mismo. En concreto, la negociación del contenido del convenio y su aceptación parcial por parte de los acreedores son actuaciones que tradicionalmente tenían lugar en la junta de acreedores y bajo la supervisión judicial y que en la PAC se celebran fuera del concurso, sin la intervención del juez. A este resultado lleva la norma del art.106 LC al exigir un porcentaje determinado de apoyo por parte de los acreedores en el momento de la presentación de la PAC ante el juez. Con esta exigencia, que obliga al deudor a negociar con sus acreedores antes de presentar la PAC ante el juez del concurso, el *iter* formativo de la PAC se desarrolla a lo largo de dos fases, una puramente contractual, donde negocian deudor y determinados acreedores, sin supervisión judicial, y otra judicial, a lo largo de la cual el resto de acreedores pueden adherirse y que somete a control de legalidad la propuesta.

Quinta. Al forzar al deudor a negociar con sus acreedores en un escenario extrajudicial, el art.106 LC propicia que el deudor que inicie aquellas negociaciones con sus acreedores logre concluir un acuerdo extrajudicial, que evite el propio concurso. Pero si este resultado no se consigue, y el deudor fracasa a la hora de concluir un convenio extrajudicial con todos sus acreedores, la LC protege aquella negociación extrajudicial permitiendo al deudor utilizar el tiempo y recursos invertidos en el proceso negociador con sus acreedores para convertir el acuerdo alcanzado con sólo algunos de ellos en una PAC. En este sentido, la PAC se convierte en un medio para judicializar convenios extrajudiciales.

Sexta. Con esta configuración híbrida de la PAC, a medio camino entre el convenio extrajudicial y el convenio concursal, la LC consigue la desjudicialización del concurso, cuya consecuencia fundamental es la reducción de los costes concursales. Al trasladar las negociaciones sobre el contenido de la PAC y la aceptación parcial de la misma a un contexto extrajudicial, el procedimiento concursal tiene una duración menor y conlleva menos actuaciones procesales. Todo ello supone una reducción de los costes del concurso y por consiguiente una disminución de las cargas a las que debe hacer frente la masa activa del concurso. Se capturan así, en aras a una mayor satisfacción de los acreedores, las ventajas propias de los convenios extrajudiciales, esto es el menor coste que acarrea su celebración y el respeto a la autonomía negocial de las partes, y también de los judiciales, consistentes en

la reducción de los problemas de resistencia y de las asimetrías informativas existentes fuera del concurso.

Séptima. La desjudicialización del concurso es una tendencia en el Derecho concursal comparado, en el que existe también la preocupación por conseguir un procedimiento concursal rápido y poco costoso. En el ámbito del estudio de los diversos institutos concursales, debe destacarse el de aquella categoría de soluciones conservativas que, como la PAC, reconocen la validez de las negociaciones celebradas entre el deudor y sus acreedores fuera del procedimiento concursal así como de las aceptaciones que estos hayan emitido respecto de la propuesta de acuerdo presentada por el deudor, mediante la exigencia de un porcentaje determinado de apoyo por parte de los acreedores en el momento de la presentación de la propuesta ante el juez del concurso. Estas soluciones, que apuestan claramente por la desjudicialización del procedimiento concursal, son, además, y debido a las ventajas que reportan, promocionadas por organismos internacionales, como UNCITRAL, el FMI o el Banco Mundial.

Octava. El paradigma de estas soluciones que se caracterizan por la desjudicialización del procedimiento concursal son los *prepackaged bankruptcy plans* del Derecho concursal de Estados Unidos, con los que la PAC presenta una especial semejanza. Estos *prepackaged plans* permiten al deudor anticipar las negociaciones con sus acreedores e incluso la solicitud de su aceptación a favor del plan de reorganización a un momento anterior a la declaración de concurso y aportar el plan parcialmente aceptado al mismo tiempo que solicita la apertura del procedimiento de reorganización, siempre y

cuando proporcione una información suficiente a sus acreedores antes de solicitar su aceptación (*adequacy of disclosure*). Así, las aceptaciones al plan obtenidas antes del inicio del concurso sólo son válidas si la solicitud de la aceptación o rechazo del plan se ha llevado a cabo con el cumplimiento de las normas que regulan el mercado de valores, si el deudor es una sociedad cotizada, o proporcionando aquel tipo de información, con el detalle suficiente y que sea razonable a la luz de la naturaleza e historia del deudor, que permita a un hipotético inversor hacerse un juicio informado sobre el plan de reorganización propuesto por el deudor, cuando no lo sea.

Novena. El requisito de la *adequacy of disclosure* o suficiencia informativa nos pone sobre la pista del significado de una de las particularidades del régimen jurídico de la PAC, las prohibiciones previstas en el art.105 LC. Estas prohibiciones forman parte de un conjunto de mecanismos de información que contempla el concurso para combatir las asimetrías informativas que sufren los acreedores fuera del concurso y que les impide conocer el valor del patrimonio del deudor así como el uso de maximiza este valor. En especial, las prohibiciones deberían suplir la información que la tramitación anticipada de la PAC impide poner a disposición de los acreedores en el momento de decidir sobre su adhesión a la PAC. Es decir, deberían proporcionar aquel tipo de información contenida en el informe de la administración concursal y en la documentación complementaria, que aún no se ha emitido en el momento en que los acreedores pueden adherirse a la PAC, así como la que puede suministrar la administración concursal en la junta de acreedores, asegurando de esta manera que la eliminación de trámites para acelerar el procedimiento

concurzal no comporte la pérdida de garantías informativas para los acreedores, especialmente para los acreedores que no han intervenido en las negociaciones extrajudiciales con el deudor.

Décima. Siendo este el fundamento de las prohibiciones del art.105 LC, únicamente la prohibición relativa al incumplimiento de depósito de las cuentas anuales resulta consistente con él. En efecto, el incumplimiento del depósito de las cuentas anuales impide a los acreedores acceder a la información sobre la situación financiera y económica del deudor, de manera que tanto el incumplimiento del deber de formular las cuentas como el de depósito impiden la presentación de la PAC. En cambio, la segunda prohibición prevista por el art.105 LC, consistente en la condena del deudor en sentencia firme por la comisión de determinados delitos, que además de falta de coordinación con la legislación societaria, no revela la información necesaria para los acreedores, resulta inconsistente con el fundamento de las prohibiciones.

Undécima. La función informativa de las prohibiciones del art.105 LC se despliega únicamente a lo largo del procedimiento concursal y, más concretamente, hasta el momento en que los acreedores ya disponen de toda la información relevante sobre el patrimonio del deudor. A partir del momento en que los acreedores disponen de los textos definitivos de la lista de acreedores, el informe de la administración concursal y la evaluación de la PAC, la función de las prohibiciones finaliza. Por todo ello, la aparición o constatación de la existencia de una prohibición con posterioridad a aquel momento no debería

impedir la eficacia de una PAC aceptada por los acreedores y aprobada por el juez.

Duodécima. Aunque la especialidad de la PAC resida en la tramitación anticipada y en su aprobación en la fase común, sin necesidad de celebrar la junta de acreedores, con el objetivo de desjudicializar el procedimiento concursal, la LC permite que la PAC no aprobada en la fase común sea mantenida para su aceptación en la fase de convenio, ya sea por votación en la junta o tramitación escrita. Aun esta posibilidad, en que no es tan pronunciada la desjudicialización del concurso, sirve igualmente a las finalidades de la PAC y a la consecución de un procedimiento poco costoso, puesto que siguen siendo válidas las adhesiones emitidas antes de su presentación, a menos que se revoquen, y porque no se han de realizar nuevamente trámites ya realizados en la fase común, como el control de legalidad del juez al admitir a trámite la PAC o el control de oportunidad en la evaluación.

Decimotercera. La desjudicialización del procedimiento concursal que supone la PAC, ya sea en su tramitación abreviada o extendida, comporta, además de dejar fuera del concurso algunas de las actuaciones que tradicionalmente sucedían durante el concurso, la atribución al juez del concurso únicamente de aquellas facultades estrictamente necesarias para controlar la legalidad del convenio y garantizar la observancia de la ley a lo largo del procedimiento, dejando a la autonomía negocial de las partes la decisión sobre la oportunidad del convenio, y en concreto a los acreedores ordinarios,

pues son ellos los que se apropian de los beneficios de las decisiones sobre el destino de los bienes del deudor y también los que soportan los costes.

Decimocuarta. Esta promoción de la autonomía de las partes en el régimen de la PAC se ve reflejada especialmente en la disciplina referente al contenido del convenio, pues está menos limitada que en la propuesta ordinaria de convenio, al admitirse la superación de los límites a las quitas y esperas sin necesidad de que el deudor sea titular de una empresa de especial trascendencia para la economía. Con todo, existen contenidos prohibidos, justificados por la persecución de otras finalidades de la PAC. Así, el hecho de que la PAC persiga la finalidad de conservar la actividad empresarial o profesional del deudor obliga a prohibir la cesión de bienes y derechos a los acreedores y de cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor, siempre y cuando se refiera únicamente a las operaciones que impidan la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por su parte, la prohibición de alterar la clasificación y cuantía de los créditos concursal y las propuestas condicionadas también resultan consistentes con las finalidades de la PAC, especialmente la de satisfacer los intereses de los acreedores.

Decimoquinta. En cambio, no resulta consistente con la promoción de la autonomía negocial perseguida por la PAC la consideración de las quitas y las esperas como un contenido imperativo de la PAC. La literalidad del art.100 LC ha hecho pensar que toda propuesta de convenio debía contener una quita o una espera, ya que si el deudor es insolvente el medio natural para dar solución a esa insolvencia es precisamente la quita y/o la espera. Esta pretendida

imperatividad de las quitas y esperas fuerza al deudor, en aquellos casos en que las quitas y/o esperas no sean el contenido que mejor satisfaga el interés de los acreedores, a presentar una propuesta alternativa que incorpore por un lado el contenido realmente deseado por las partes y por otro la quita o espera obligatoria, que no puede ser mínima, pues todos los acreedores la escogerían sin ser el contenido que soluciona los problemas de solvencia del deudor, ni tampoco superar determinados límites que provoquen la apertura de la sección de calificación ni requieran la autorización del juez. Todo ello, además de impedir a las partes pactar libremente el contenido de la PAC, genera un coste adicional para el deudor en la preparación de la PAC que no es consistente con sus finalidades de la PAC y nos lleva a defender su carácter de contenido facultativo.

Decimosexta. El mayor margen de la autonomía negocial de las partes en la PAC respecto de la propuesta ordinaria así como la reducción de los costes del concurso que conlleva la PAC no suponen un beneficio únicamente para los acreedores sino que también lo son para el deudor. De esta manera la PAC contribuye a que este no perciba el concurso como negativo para sus intereses sino que, al contrario, le resulte una forma de resolver sus problemas financieros de forma satisfactoria para él. Con este rasgo característico, la PAC constituye un estímulo para que el deudor solicite la declaración de concurso en un momento oportuno, evitando el deterioro del patrimonio del deudor tal que dificulte la solución que maximiza la satisfacción de los acreedores.

Decimoséptima. La asignación al juez del concurso de un estricto control de la legalidad y la promoción de la autonomía privada, que permite a las partes decidir sobre el contenido y oportunidad del convenio, no siempre se cumple. Así sucede en la admisión a trámite de la PAC. El propósito de la admisión a trámite es asegurar que la PAC reúne todos los requisitos exigidos por la ley y que por lo tanto los acreedores pueden emitir su adhesión con garantías. En relación a los requisitos de contenido, la incorporación válida de quitas y/o esperas que superen los límites fijados en el art.100 LC exige la autorización del juez, que debería resolver sobre la concesión de la autorización en el momento de la admisión a trámite, puesto que el contenido de la PAC debe ser cierto y los acreedores deben conocer si el juez autoriza las quitas y esperas que superen los límites a partir del momento en que ya puedan manifestar su adhesión.

Decimoctava. Dicha autorización debe venir justificada por la viabilidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, de manera que el juez autorice la superación de los límites cuando las ventajas que se esperan obtener de la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado en los términos previstos en la PAC y con las quitas superando los límites sirvan para proporcionar una mayor satisfacción a los acreedores que la que se obtendría por la vía de otra propuesta de convenio con un contenido diverso o por la vía de la liquidación. Si este es, como defendemos, el fundamento de la decisión de autorizar la superación de los límites de las quitas y las esperas, se trata en realidad de una decisión sobre la oportunidad del convenio y no de la legalidad, por tanto no le correspondería al juez sino a la administración concursal o, en definitiva, a los acreedores. Por otro lado, el juez no dispone aún de la

información sobre el deudor en ese momento para poder tomar una decisión sobre esa cuestión. De manera que aquella autorización es claramente inconsistente con las finalidades de la PAC.

Decimonovena. Un segundo momento en que se contraviene la asignación al juez del concurso de un estricto control de legalidad y la promoción de la autonomía de las partes es el de la evaluación de la PAC, trámite mediante el cual el órgano de administración transmite a los acreedores la información necesaria para determinar si la PAC es la solución que mejor satisface sus intereses. Si la evaluación es desfavorable o con reservas, el juez puede mediante auto dejar sin efecto la admisión de la PAC o la continuación de su tramitación, impidiendo que los acreedores puedan emitir su adhesión a favor o en contra de la PAC. Con la concesión de esta facultad, la LC atribuye nuevamente al juez competencias sobre la oportunidad de la PAC. Si bien es una facultad que en determinadas ocasiones podría suponer una reducción de los costes del concurso, supone una limitación a la autonomía privada de las partes y de la maximización de la satisfacción de los acreedores que no contribuye a la función del concurso.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

AAVV, *Memento práctico sobre la reforma concursal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003.

AAVV, *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Ed. Reus, Madrid, 2010.

ADLER, Barry E., "Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy", *Stan. L. Rev.*, vol.45, 1993, págs.311-346.

ALCOVER GARAU, Guillermo, "Los efectos de los convenios concursales en la fianza", en MUÑOZ CERVERA, Miguel y NIETO CAROL, Ubaldo (coords.), *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, vol.1., Civitas, Madrid, 1996, págs.217-252.

-ÍB., "Aproximación al régimen jurídico contenido en el artículo 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso", *RCP*, núm.13, 2010, págs.321-327.

-ÍB., "Aproximación al régimen jurídico de las ventajas especiales y de los acuerdos particulares en los convenios concursales", *CDC*, núm.34, 2001, págs.51-66.

-ÍB., "Efectos del convenio concursal sobre los avales bancarios (comentario a la STS de 8 de enero de 1997)", *RDBB*, núm.69, 1998, págs.155-160.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María, "El problema de la modificabilidad de la propuesta de convenio en junta de acreedores", *ADConcursal*, núm.3, 2004, págs.217-247.

ALONSO LEDESMA, Carmen, "Comentario al artículo 122", en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2335-2345.

- ÍB., "Comentario artículo 124", en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2355-2360,

- ÍB., "Comentario artículo 125", en Juan SÁNCHEZ-CALERO y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2361-2372.

ALONSO UREBA, Alberto, "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal", en GARCÍA VILLAVARDE, Rafael, ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, págs.505-576.

ALTMAN, Edward I., "Emerging trends in bankruptcy reorganization", en Edward I. ALTMAN, *Bankruptcy and Distressed Restructurings*, Beard Books, Maryland, 1998, págs.401-417.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María, *El poder de decisión de los acreedores en el concurso*, Civitas, Navarra, 2005.

-ÍB., “El problema de la modificabilidad de la propuesta de convenio en junta de acreedores”, *ADConcursal*, núm.3, 2004, págs.217-247.

AMBROSINI, Stefano, y DEMARCHI, Paolo Giovanni, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milán, 2005.

ARIAS VARONA, Francisco Javier, “Traducción de la Ley alemana de Insolvencia”, *CDC*, núm.20, 1996, págs.215-311.

ARMOUR, John y DEAKIN, Simon, “Norms in private insolvency procedures: the “London Approach” to the resolution of financial distress”, University of Cambridge, Working Paper, 2000.

ASQUITH, Paul, GERTNER, Robert y SCHARFSTEIN, David, “Anatomy of financial distress: an examination of junk-bond issuers”, *QJE*, vol.109, núm.3, 1994, págs.625-658.

AURICCHIO, Antonio, “Article 182bis of Law 80/2005 and the Code of Conduct to Restructure Debt Issued by the Italian Bank Association”, en OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo (ed.), *Expedited Debt Restructuring. An International Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007, págs.357-375.

AZNAR GINER, Eduardo, *La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

-ÍB., *Los acuerdos de refinanciación y la ley concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

BAIRD, Douglas, “Bankruptcy’s Uncontested Axioms”, *Yale L.J.*, núm.108, 1998-1999, págs.573-599.

-ÍB., “The initiation problem in bankruptcy”, *Int’l Rev. L. & Econ.*, núm.11, 1991, págs.223-232.

-ÍB., “The Uneasy Case for Corporate Reorganizations”, *J. Legal Stud.*, núm.15, 1986, págs.127-147,

BAIRD, Douglas y RASMUSSEN, Robert, “Chapter 11 at Twilight”, *Stan. L. Rev.*, vol.56, núm.3, 2003, págs.673-699.

-ÍB., “The End of Bankruptcy”, *Stan. L. Rev.*, vol.55, 2002, págs.751-789.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, “Comentario al artículo 104”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, págs.1193-1996.

-ÍB., “Comentario al artículo 105”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004, págs.1197-1198.

BARLIANT, Ronald, KARCAZES, Dimitri G., SHERRY, Anne M., "From free-fall to free-for-all: the rise of pre-packaged asbestos bankruptcies", *Am.Bankr. Inst. L. Rev.*, núm.12, 2004, págs.441-471.

BEBCHUK, Lucian Ayre, "Chapter 11", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol.3, 1998, págs.219-224.

-ÍB., "A New Approach to Corporate Reorganizations", *Harv. L. Rev.*, vol.101, 1988, págs.775-804.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, "La reforma –inarmónica- de la Ley Concursal", *AJA*, nº 775, 14 de mayo de 2009, págs.1-7.

-ÍB., "La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores", *ADConcursal*, núm.11, 2007, págs.29-52.

-ÍB., "La apertura de la fase de liquidación", en QUINTANA CARLO, Ignacio, BONET NAVARRO, Ángel y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (dirs.), *Las Claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs.509-526.

-ÍB., "La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores", *RJC*, núm.103, vol.4, 2004, págs.1197-1214.

-ÍB., "El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico", en Ángel ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs.323-337.

-ÍB., "El convenio en la Propuesta del Anteproyecto de Ley Concursal del profesor Ángel Rojo", en AAVV, *La reforma del Derecho Concursal*, CDC, Madrid, 1997, págs.89-119.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y SÁNCHEZ PAREDES, M^a Luisa (dirs.), *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Navarra, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid, 2002.

-ÍB., "El crédito por intereses en el concurso de acreedores", *RCP*, núm.2, 2005, págs.235-254.

-ÍB., "Comentario al artículo 87", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, págs.1559-1577.

-ÍB., "Comentario al artículo 135", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, págs.2234-2243.

-ÍB., "Comentario al artículo 136", en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, págs.2244-2248.

BETKER, Brian, "An empirical examination of prepackaged bankruptcy", *Finan. Manage.*, vol.24, núm.1, 1995, págs.3-18.

BEWICK, Samantha, FENNESSY, Mark y MARKS, David, "Schemes of Arrangement and Company Voluntary Arrangement", en OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo (ed.), *Expedited debt restructuring. An international Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007, págs.157-255.

BISBAL MÉNDEZ, Joaquim, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

-ÍB., "La insoportable levedad del Derecho concursal", *RDM*, núm.214, 1994, págs.843-872.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, "La fase de liquidación concursal", en GARNICA MARTÍN, Juan Francisco (dir.), *La nueva Ley Concursal*, CGPJ, Madrid, 2004, págs.499-576.

BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel, FERNÁNDEZ SEIJO, José María y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, *Guía Visual de la Ley Concursal*, Atelier, Barcelona, 2004.

BLOCK-LIEB, Susan, "The Logic and Limits of Contract Bankruptcy", *U. Ill. L. Rev.*, vol. 2001, núm.2, págs.503-559.

BONFATTI, Sido, "El desarrollo de la reforma de la Ley de Quiebra en Italia y la disciplina de los procedimientos de composición negociada de la crisis de empresa", *RCP*, núm.3, 2005, págs.365-377.

BORES SÁIZ, Jesús, "La nueva Ley concursal y las soluciones extrajudiciales de las crisis económicas empresariales: la propuesta anticipada de convenio", en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4473-4481.

BRIERLEY, Peter y VLIEGHE, Gertjan, "Corporate workouts, the London Approach and financial stability", *Finan. Stability Rev.*, núm.7, 1999, págs.168-183.

BUSETTO, Adalberto Luis, "El acuerdo extrajudicial preventivo argentino. Reseña de estructura y aplicación. Analogías y contrastes con el convenio anticipado", *RCP*, núm.2, 2005, págs.437-444.

CALKINS, Francis, "Feasibility in plans of corporate reorganization under Chapter X", *Harv. L. Rev.*, 61, 1947-1948, págs. 763-781.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Comares, Granada, 1999.

-ÍB., "Reseña sobre la Ley nº 11.101, de 9 de febrero de 2005, sobre recuperación judicial, extrajudicial y la quiebra del deudor mercantil en Brasil", *RCP*, 2005, núm.3, págs.395-401.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

-ÍB., “Comentario al artículo 140”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol.II, Tecnos, Madrid, 2004, págs.1512-1528.

CARRASCO PERERA, Ángel y MORATIEL PELLITERO, Esther, “Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria”, AJA, núm.614, 2004.

CARVALHO FERNÁNDES, Alberto de, “El Código de la insolvencia y de la recuperación de empresas en la evolución del régimen de la quiebra en el Derecho portugués”, RCP, núm.1, 2004, págs.147-190.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. y LABAREDA, João, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, vol.II, Quid Juris, Lisboa, 2005.

CERDÁ ALBERO, Fernando, “El presupuesto objetivo del concurso”, RJC, núm.4, 2004, págs.989-1016.

CERDÁ ALBERÓ, Fernando y SANCHO GARGALLO, Ignacio, *Fallides i suspensions de pagaments: Claus per a la reforma concursal*, Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona, Barcelona, 2001.

-ÍB., *Curso de Derecho Concursal*, Colex, Madrid, 2000.

CHATTERJEE, Sris, DHILLON, Upinder S. y RAMIREZ, Gabriel G., “Resolution of financial distress: debt restructurings via chapter 11, prepackaged bankruptcies and workouts”, *Finan. Manage.*, vol.25, núm.1, 1996, págs.5-18.

COHEN, Lloyd, “Holdouts and free riders”, *J. Legal Stud.*, núm.20, 1991, págs.351-362.

COLINO MEDIAVILLA, José Luis, *Créditos participativos y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2010.

CONS GARCÍA, Francisco Javier, “Novedades procesales en la reforma concursal”, en AAVV, AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.III, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.3469-3502.

CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

-ÍB., *Proceso concursal*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2005.

-ÍB., “La intervención judicial en el convenio”, *Poder Judicial*, 2004, pág.211-212.

-ÍB., “Comentario al artículo 106”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág.816-823.

-ÍB., “Comentario al artículo 109”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág.832-836.

-ÍB., “Comentario al artículo 128”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.904-911.

-ÍB., “Comentario al artículo 129”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.911-922.

-ÍB., “Comentario al artículo 131”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.923-929.

-ÍB., “Comentario al artículo 139”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.957-959.

-ÍB., “Comentario al artículo 140”, en Faustino CORDÓN MORENO (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.959-963.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis Javier y PÉREZ TROYA, Adoración, “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (art.243 LSA)”, RDS, núm.17, 2001, págs.39-69.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, “La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso”, en OLIVENCIA RUIZ, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *Tratado de derecho mercantil. Derecho procesal concursal*, vol.7, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.17-39.

-ÍB., “Las reformas del art.5.3 de la Ley Concursal y las modificaciones introducidas por la nueva Disposición Adicional Cuarta de la misma: ¿la figura del precurso?” en AAVV, *Reflexiones para la Reforma Concursal*, Ed. Reus, Madrid, 2010, págs.167-181.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, DE LA CRUZ BÉRTOLO, José María, OTERO LASTRES, José Manuel, ROGEL VIDE, Carlos, *Aspectos de la nueva Ley Concursal*, Ed.Reus, Barcelona, 2004.

CUTLER, David, y SUMMERS, Lawrence, “The costs of conflict resolution and financial distress: Evidence from the Texaco-Pennzoil litigation”, en BHANDARI, Jagdeep S. y WEISS, Lawrence A., *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs. 279-297.

DE BUSTOS, Modesto, “Comentario al artículo 128”, Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, págs.631-635.

-ÍB., “Comentario al artículo 129”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, págs.639-643.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE LA CUESTA RUTE, José María, *El convenio concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

-ÍB., “El convenio concursal y la conservación de la empresa”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4483-4508.

-ÍB., “A propósito de la función del convenio en el concurso”, ADConcursal, núm.4, 2005, págs.7-63.

-ÍB., “Los modos de terminación de la quiebra”, en AAVV, *Derecho Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial II, CGPJ, Madrid, 1992, págs.619 y ss.

DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, Manuel, “La tramitación del convenio de quiebra de las sociedades anónimas”, DN, núm.57, 1995, págs.1-5.

DE SOUZA, Francisco Satiro, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2005.

DÍAZ MORENO, Alberto, “Comentario al artículo 128 LC”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, págs.2139-2168.

-ÍB., “Nuevo régimen del convenio y algunas cuestiones procesales”, Revista El Notario, 2009, págs.57-67.

DIDIER, Isabelle, “The Idiosyncrasy of the French Judicial System and its Preventive Procedures for Expedited Debt Restructurings”, en OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo (ed.), *Expedited debt restructuring. An international Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007, págs. 257-295.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Derecho procesal civil. Proceso concursal. Arbitraje*, Editorial Universitaria Ramón Areces Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol.1, Tecnos, 1988.

DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, Ignacio, “Las causas de oposición a la aprobación del convenio en la suspensión de pagos”, en AAVV, *Derecho Concursal*, CDJ, Madrid, 1991, págs.235-249.

EIDENMÜLLER, Horst, “Insolvenzplan”, en AAVV, *Münchener Kommentar. Insolvenzordnung*, t.II, Beck, Múnic, 2002.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, Madrid, 2007.

EPIFANIO, Maria do Rosário, “El nuevo derecho concursal portugués”, RCP, núm.2, 2005, págs. 385-393.

ESPIGARES HUETE, José Carlos, “Algunas consideraciones sobre los límites subjetivos a la eficacia del convenio a la luz de la nueva legislación concursal: el artículo 135”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4509-4526.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Ángel (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís (et alt.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (d.ad. 4ª LC) Propuesta de reforma legislativa*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2010.

-ÍB., “Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los “acuerdos de refinanciación”: el expediente registral preconcursal”, *ADConcursal*, núm.21, 2010, págs.9-80.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, “Comentario al artículo 104”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Ángel (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, págs. 537-540.

- ÍB., “Comentario al artículo 116”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Ángel (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, pág.587-590.

- ÍB., “Comentario al artículo 118”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Ángel (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, pág.594-596.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, “El Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.I, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.173-178.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “El convenio”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís (et alt.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs.563-582.

FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis, “La propuesta anticipada de convenio en la Ley Concursal”, *RDM*, núm.251, 2004, págs.199-223.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María, “Los acuerdos extrajudiciales de refinanciación empresarial y la declaración de concurso”, en José Antonio GARCÍA-CRUCES (dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs.43-71.

-“Comentario al artículo 99”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1189-1203.

-ÍB., “Comentario al artículo 100”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1213-1216.

-ÍB., “Comentario al artículo 104”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto y FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1237-1239.

-ÍB., “Comentario al artículo 106”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto y FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1268-1271.

FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón, “El convenio en el concurso de acreedores”, *Poder Judicial*, núm.18, 2004, págs.293-324.

FERRER VICENTE, José María, *El nuevo Derecho concursal. Un progreso y avance en el Derecho español (aspectos prácticos, análisis y desarrollo)*, RGD, Valencia, 2005.

FERRO, Massimo, “I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva”, *Fallimento*, núm.5, 2005, pág.593.

FIMMANÒ, Francesco, “L’allocazione eficiente dell’impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, *Rivista delle società*, 2010, págs.57-112.

FINCH, Vanessa, *Corporate Insolvency Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

-ÍB., “The Measures of Insolvency Law”, *Oxford J. Legal Stud.*, núm.17, 1997, págs.227-251.

FLORES DOÑA, María de la Sierra, “Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4527-4550.

FONT GALÁN, Juan Ignacio, MIRANDA SERRANO, Luis María, PAGADOR LÓPEZ, Javier y VELA TORRES, Pedro José, “Viabilidad antitrust de las soluciones concursales de conservación de la empresa. Socialización del Derecho de la competencia”, *RDM*, 2004, págs.463-531.

FONT SERVERA, Juan, “La propuesta anticipada de convenio”, *RCP*, núm.3, 2005, págs.149-168.

FRASCAROLI SANTI, Elena, “Crisi dell’impresa e soluzioni stragiudiziali”, en Francesco GALGANO (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia*, Cedam, Padua, 2005, págs.199-208.

GADEA SOLER, Enrique, *Iniciación al estudio del Derecho concursal*, Dykinson, Madrid, 2005.

-ÍB., “La prueba de la insolvenza en el procedimiento concursal”, *RCP*, núm.14, 2011, págs.293-296.

GALÁN CORONA, Eduardo, “El convenio anticipado”, *Poder Judicial*, núm.18, 2004, págs.325-355.

- “Consideraciones sobre el denominado “convenio anticipado” en la Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4551-4575.

-“El convenio”, en José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, Ignacio QUINTANA CARLO y Ángel BONET NAVARRO (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs.477-507.

GALGANO, Francesco (dir.), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, vol.IX, Cedam-Padova, 1986.

GALGO PECO, Ángel, “Implicaciones en el ámbito concursal del reparto de competencias procesales establecido en el nuevo modelo de oficina judicial”, RCP, núm.13, 2010, págs.519-522.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, (coord), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005.

-ÍB., “La propuesta anticipada de convenio en la nueva Ley Concursal”, Rev. Jur. Com. Val., núm.11, 2004, págs.127-153.

GARCÍA ARRUFAT, Enrique, “Un convenio poco común”, ADConcursal, núm.22, 2011, págs.671-678.

GARCÍA BARTOLOMÉ, David, “Las acciones de reintegración de la masa y la aprobación del convenio (SJM 8 Madrid, 7.7.2010)”, ADConcursal, núm.22, 2011, págs.469-522.

-ÍB. (coord), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2005, 2 vols.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, “La responsabilidad concursal”, en Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs.281-336.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio y LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

GARCÍA LUENGO, Ramón, “El convenio en la Ley Concursal”, en Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (et alt.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Navarra, 2004, págs.1725-1759.

GARCÍA MANDALONIZ, Marta, *La financiación de las PYMES*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs.69-115.

GARCÍA-ROSTÁN, Gemma, “La acumulación de concursos”, ADConcursal, núm.20, 2010, págs.109-182.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, *Derecho concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, Madrid, 2003.

-ÍB., “Voz Convenio de la quiebra”, Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995, vol.1, págs.1692-1697.

-ÍB., Voz “Préstamo participativo”, Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, vol.III, Madrid, 1995, págs.5040-5044.

-ÍB., “Créditos participativos”, RDS, 1997, págs.13-24.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, ALONSO UREBA, Alberto, PULGAR EZQUERRA, Juana (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dilex, Madrid, 2002.

-ÍB., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel, y Luis ENRIQUE RODRÍGUEZ, “Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3 Ley Concursal”, *ADConcursal*, núm.20, 2010, págs.587-598.

GARNICA MARTÍN, Juan Francisco (dir.), *La nueva Ley Concursal*, CGPJ, Madrid, 2004.

GARRIDO, José María, “El privilegio del acreedor instante de la quiebra”, *RDM*, núm.206, 1992, págs.799-818.

-ÍB., “La reforma del Derecho concursal español”, *RDBB*, núm.64, 1996, págs.889-941.

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil II*, Madrid, 1940.

GILSON, Stuart, “Managing default: Some evidence on how firms choose between workouts and chapter 11”, *J. App. Corp. Fin.*, núm.4, 1991, págs.62-70.

-ÍB., “Investing in Distressed Situations: A Market Survey”, *Fin.Analysts J.*, Nov-Dec, 1995, págs.8-27.

GILSON, Stuart C., JOHN, Kose, LANG, Larry H. P., “Troubled debt restructurings: an empirical study of private reorganization of firms in default”, en Edward I. ALTMAN, *Bankruptcy and Distressed Restructurings*, Beard Books, Maryland, 1998, págs.77-124.

GOFFMAN, Jay M., McDERMOTT, Mark A., RAMLO, Kurt, “American Bankruptcy Reform and Creativity Prompt the *In re Blue Bird Body Company* One-Day Pre-packaged Plan of Reorganization”, en OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo (ed.), *Expedited debt restructuring. An international Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007, págs. 457-475.

GÓMEZ GIGLIO, Gabriel, “Argentine Corporate Rescue: Judicial and “Out of Court” (Pre-Packaged) Reorganisation Proceedings”, *Int. Corp. Rescue*, vol.5, núm.2, 2008, págs.77-85.

GÓMEZ MARTÍN, Fernando y GONZÁLEZ BILBAO, Emilio, *Nuevo Derecho Concursal*, Iuris-Practicum, Bilbao, 2004.

GONDRA ROMERO, José María, “Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4577-4599.

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, “Comentario al artículo 100”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol.1, Tecnos, Madrid, 2004, págs.1139-1170.

GONZÁLEZ-MÉNDEZ, Víctor Manuel y GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, Francisco, “Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: costes de

insolvencia y transferencias de riqueza”, Investigaciones Económicas, vol.24, núm.2, 2000, págs.357-384.

GONZALO BRAVO, Rafael, “El convenio en la suspensión de pagos”, CDJ, CGPJ, 1992, págs.235-262.

GOZALO LÓPEZ, Vicente, “El trato singular”, ADConcursal, núm.9, 2006, págs.181-202.

-ÍB., “Texto de la Ordenanza alemana de insolvencia (Insolvenzordnung (InsO) de 5 de octubre de 1994”, RDM, núm.216, 1995, págs.561-678.

GRANATA, Enrico, “Las soluciones negociadas de las crisis empresariales. Experiencias y tendencias del sistema bancario italiano”, en Alberto ALONSO UREBA y Juana PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, págs.21-48.

GROSS, Karen, “Taking community interests into account in bankruptcy: an essay”, Wash. U. L. Q., núm.72, 1994, págs.1031-1048.

GROSSI, Maria Rosaria, *La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali e dell'amministrazione straordinaria*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

GUGLIELMUCCI, Lino, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2001.

GUILLÉN SORIA, José Miguel, *El convenio en las suspensiones de pagos*, Comares, Granada, 1996.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, *La oposición al convenio de la suspensión de pagos*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 2000.

-ÍB., *Tutela de los acreedores frente al convenio concursal*, La Ley, Madrid, 2007.

-ÍB., “La tramitación ordinaria del convenio en la reforma de la Ley Concursal contenida en el Real Decreto-ley 3/2009”, RCP, núm.11, 2009, págs.99-107.

-ÍB., “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales (Consideraciones en torno al auto del Juzgado de lo Mercantil núm.7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, de inadmisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S.A.)”, RCP, núm.10, 2009, págs.279-293.

-ÍB., “La nulidad del convenio concursal”, RCP, núm.6, 2007, págs.83-117.

-ÍB., “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, RCP, núm.14, 2011, págs. 151-170.

-ÍB., “Comentario al artículo 104”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.1059-1065.

-ÍB., “Comentario al artículo 105”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1066-1075.

-ÍB., “Comentario al artículo 106”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.1076-1080.

-ÍB., “Comentario al artículo 107”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1081-1086.

-ÍB., “Comentario al artículo 109”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1092-1096.

-ÍB., “Comentario al artículo 128”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.1209-1212.

-ÍB., “Comentario al artículo 129”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.1228-1233.

-ÍB., “Comentario al artículo 136”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.1257-1260.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier, “La comunicación del inicio de negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio”, RDM, núm.276, 2010, págs.645-684.

GUTIÉRREZ-URTIAGA, María, “Efectos del endeudamiento sobre los resultados de las empresas en crisis”, *Investigaciones Económicas*, vol.24, núm.1, 2000, págs..75-116.

HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano, “La nueva fase preconcursal”, *Diario La Ley*, núm.7272, 29 octubre 2009, págs.1-21.

HERRERA CUEVAS, Edorta (et alt.), *Manual de la reforma concursal*, Editorial Europea de Derecho, Madrid, 2004.

HERRERO SUÁREZ, Carmen, “La excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial”, RDBB, núm.84, 2001, págs.141-169.

HÖLDERL FRAU, Horst Antonio, *El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

HOTCHKISS, Edith S. y MOORADIAN, R.M., “Vulture Investors and the Market for Control of Distressed Firms”, JFE, vol.43, 1997, págs.401-432.

IGLESIAS PRADA, Juan Luis, “Sobre el aumento de capital por compensación de créditos”, AAMN, tomo XXIII, 1994, págs.203-248.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “La reforma de la mecánica del Derecho concursal español: procedimientos, jurisdicción, operadores”, CDC, 1997, págs.11-26.

ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, “Comentario al artículo 100”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, págs.-505-508.

-ÍB., “Comentario al artículo 108”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, págs.554-559.

-ÍB., “Comentario al artículo 109”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, pág.560-562.

-ÍB., “Comentario al artículo 110”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, págs.563-566.

-ÍB., “Comentario al artículo 114”, en Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Proceso concursal práctico*, Iurgium, Madrid, 2004, págs.576-581.

JACKSON, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Beard Books, Maryland, 2001.

-ÍB., “Translating assets and liabilities to the bankruptcy forum”, en Jagdeep S.BHANDARI y Lawrence A. WEISS, *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs.58-72.

JACQUET YESTE, Teodora, “Contribución a la caracterización de la PAC”, RCP, núm.4, 2006, págs.227-245.

JENSEN, Michael, “Active Investors, LBOs and the Privatization of Bankruptcy”, *J.App. Corp.Fin.*, vol.2, núm.1, 1989, pág.35-44.

-ÍB., “Corporate Control and the Politics of Finance”, *J. App. Corp. Fin.*, vol.4, núm.2, 1991, págs.13-33.

KAHL, Matthias, “Economic Distress, Financial Distress, and Dynamic Liquidation”, *J. Finance*, vol.57, núm.1, 2002, págs.135-168.

KING, David R., “Feasibility in Chapter X Reorganizations”, *Am. Bankr. L. J.*, 49, 1975, págs. 323-781.

KOROBKIN, Donald R., “Rehabilitating Values: A Jurisprudence of Bankruptcy”, *Colum. L. Rev.*, vol.91, núm.4, 1991, págs.717-789.

LABORDA VALLE, Emilio, “La nueva realidad concursal (Elementos de solución en la crisis empresarial: el convenio y la liquidación. Viabilidad de la empresa)”, *Diario La Ley*, núm.3, 2005, págs.1852-1857.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (et alt.), *Elementos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, vol.1, Bosch, Barcelona, 1994.

LARGO GIL, Rita, “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)”, RCP, núm.9, 2008, págs.87-116.

LAUDISIO, Arnaldo, “The New Brazilian Bankruptcy Law”, Int. Corp. Rescue, vol.2, núm.2, 2005, págs.87-88.

LAWLESS, Robert M., “Small Business and the 2005 Bankruptcy Law: Should Mom and Apple Pie be worried?”, S. Ill. U. L. J., 2007, vol.31, núm.3, págs.585-619.

LEÓN, Francisco, “Comentario al artículo 72”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, t.I, Civitas, Madrid, 2004, págs.1322-1328.

LLEBOT MAJÓ, Josep-Oriol, *Las garantías en los procedimientos concursales*, Civitas, Madrid, 2000.

-ÍB., “Dret Concursal”, en Joaquim BISBAL MÉNDEZ (coord.), *Dret Mercantil I*, UOC, Barcelona, 2004.

-ÍB., “L’empresa com a categoria fonamental del dret mercantil”, en Joaquim BISBAL MÉNDEZ (coord.), *Dret Mercantil I*, UOC, Barcelona, 2004.

-ÍB., “La responsabilidad concursal de los administradores”, RGD, núm.657, 1999, págs.7559-7566.

-ÍB., “Enajenación real de la empresa (o de alguna de las unidades productivas que la integran o de activos esenciales de la misma) antes de la aprobación del convenio o de la apertura de la liquidación”, RCP, núm.7, 2007, págs.39-51.

LÓPEZ CURBELO, Jorge, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 2000.

-ÍB., “El convenio en la Ley Concursal. Especial referencia a su contenido”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4601-4631.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura, “El convenio de liquidación de bienes del deudor al amparo de la nueva Ley Concursal”, RDPat., núm.13, 2004, págs.85-101.

LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, José Luis, “Comentario al art.197.1 a .6”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.3173-3177.

LÓPEZ GUTIÉRREZ, Carlos, TORRE OLMO, Begoña, DÍAZ DÍAZ, Belén, “Características determinantes y contenido informativo de los mecanismos de reestructuración financiera”, Rev. Eur. Dir. Econ. Empresa, vol.14, núm.2, 2005, págs.111-124.

LOPUCKI, Lynn M., *Courting Failure*, The University of Michigan Press, Michigan, 2005.

-ÍB., “Contract Bankruptcy: A Reply to Alan Schwartz”, Yale L. J., vol.109, núm.2, 1999, págs.317-342.

LoPUCKI, Lynn M., y DOHERTY, Joseph W., "The Determinants of Professional Fees in Large Bankruptcy Reorganization Cases", *J. Empirical Legal Stud.*, vol.1, 2004, págs.111-141.

LOZANO-HIGUERO, Manuel, "Criterios informadores y principios procesales de la nueva legislación concursal", en AAVV, *La nueva ley concursal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, págs.1-7.

MACHADO PLAZAS, José, *Convenio concursal y fianza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

-ÍB., *El concurso de acreedores culpable*, Civitas, Navarra, 2006.

-ÍB., "Convenio concursal y fianza (En torno a los efectos de la quita y espera concursales sobre la obligación del fiador)", *RGD*, núm.657, 1999, págs.7497-7530.

-ÍB., "La distinción entre la dación en pago y la cesión "pro solvendo" contenidas en un convenio concursal (Comentario a propósito de la sentencia del TS de 28 de junio de 1997)", *RGD*, 1998, págs.11085-11095.

-ÍB., "Comentario al artículo 136", en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1461-1462.

MAGRO SERVET, Vicente (coord.), *Guía práctica de aplicación de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, 2004.

MAIRATA LAVIÑA, Jaime, "Panorámica del anteproyecto de Ley Concursal de 2001, convenio y acciones de reintegración", *Diario La Ley*, núm.1, 2002, págs.1861-1867.

-ÍB., "La especialidad del convenio en la quiebra de las sociedades mercantiles", *RDS*, núm.11, 1999, págs.260-284.

-ÍB. (coord.), *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados, Madrid, 2004.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel, "Comentario al artículo 139", en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 2521-2523.

MARROQUÍN SAGALÉS, Ignacio y MARROQUÍN SAGALÉS, Víctor, *La Nueva Ley Concursal. Comentarios y formularios*, Dijusa, Barcelona, 2003.

MARTÍN MUÑOZ, Alberto, "Aproximación al contenido del convenio en la Ley Concursal", *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE*, núm.61, 2004, págs.179-191.

-ÍB. (coord.), *La reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las leyes 22/2003 y 8/2003 de 9 de julio*, Dykinson, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo, "Comentario al artículo 99", en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.967-972.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, “La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor”, ADConcursal, núm.5, 2005, págs.65-127.

-ÍB., “La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa”, Poder Judicial, Madrid, 2004, págs.123-205.

MASSAGUER FUENTES, José, “La cesión global de activo y pasivo”, RDM, núm.228, 1998, págs.655-678.

McCONNELL, John y SERVAES, Henri, “The economics of pre-packaged bankruptcy”, en BHANDARI, Jagdeep S. y WEISS, Lawrence A., *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs.322-326.

MELÉNDEZ HUELIN, Óscar, “La reforma contable del Banco de España en materia de provisiones y activos adjudicados”, ADConcursal, núm.23, 2011, págs.191-234.

MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Francisco Javier, *La oposición a la aprobación del convenio concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Hacia un nuevo Derecho concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento”, en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, vol.4, 2002, págs.5931-5944.

MONTULL LAVILLA, Eduardo, “Licitud del convenio concursal prejudicial”, RDP, núm.64, 1980, págs.996-1021.

MORÁN BOVIO, David (coord.), *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, RCP, La Ley, núm.5, 2006.

MORILLAS JARILLO, María José, “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002”, DN, La Ley, nº149, 2003, págs.1-40.

MUÑOZ CÁRDENAS, Manuel, “Reflexiones entorno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles”, Diario La Ley, núm.4, 2004, págs.1616-1625.

MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen, “La comunicación del art.5.3 de la Ley Concursal a la luz de la jurisprudencia”, Diario La Ley, núm.7419, 8 junio 2010, págs.1-4.

MUÑOZ PLANAS, José María y MUÑOZ PAREDES, José María, “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.II, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 2173-2204.

Note, “Disclosure of adequate information in a Chapter 11 reorganization”, Harv. L. Rev., núm.94, 1980-81, págs. 1808-1828.

Note, “Feasibility in Corporate Reorganization”, Satn.L.Rev., núm.4, 125-137, 1951-1952.

NOVAL PATO, Jorge, *El informe de la administración concursal (con referencia también a la documentación complementaria)*, La Ley, Madrid, 2008.

NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, Alberto, “Restricciones en el mercado español de deuda concursal: el artículo 122.1.2º de la Ley Concursal”, RCP, núm.7, 2007, págs.129-140.

OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo (ed.), *Expedited debt restructuring. An international Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007.

-ÍB., “Corporate Debt Restructuring in Latin America: New Developments-New Opportunities?”, *Int. Co. Commerc. L. Rev.*, v. 16, núm. 6, junio 2005, págs.254-262.

OLIVENCIA BRUGGER, Luis Manuel, “El comportamiento de los acreedores públicos en los procedimientos concursales y ayudas estatales. Análisis de la Ley Concursal a la luz de las decisiones de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 3819-3837.

OLIVENCIA RUÍZ, Manuel (dir.), *La nueva Ley Concursal*, Colección “Estudios de Derecho Judicial”, núm.59, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2005.

-ÍB., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Iustel, Madrid, 2006, págs.147-207.

-ÍB., “El Real Decreto-Ley 3/2009: las nuevas normas y su aplicación”, RCP, núm.13, 2010, págs.19-26.

-ÍB., “Los principios de unidad de disciplina, subsistencia de la persona jurídica concursada, continuación de la actividad y conservación de la empresa en la Ley 22/2003”, en AAVV, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, RCP, 2004, págs.11-27.

-ÍB., “Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso”, *Poder Judicial*, núm.18, 2004, págs.25-55.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *Tratado de derecho mercantil. Derecho procesal concursal*, vol.7, Marcial Pons, Madrid, 2008.

OTERO LASTRES, José Manuel, “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.I, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.413-426.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cesión de créditos”, *ADC*, núm.41, 1988, págs.1033-1131.

PARRA BAUTISTA, José Ramón, *El régimen de recursos en la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2010.

PAU PEDRÓN, Antonio, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2004.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, María José, “La negociación del convenio anticipado de acreedores como causa de “suspensión” del deber de instar el concurso”, *Diario La Ley*, 19 de octubre de 2009, págs.7-9.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, “Cooperación y pillaje en el concurso”, *ADConcursal*, núm.9, 2006, págs.231-257.

PERDICES HUETOS, Antonio B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor, 2005.

PÉREZ-CRUZ, Agustín Jesús, *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo Eds., Santiago de Compostela, 2005.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, en AAVV, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs.525-548.

PÉTEL, Philippe, *Procédures collectives*, Dalloz, París, 2005.

PICKER, Randal, “Voluntary petitions and the creditors’ bargain”, *U. Cin. L. Rev.*, núm.61, 1992-1993, págs.519-541.

PINTÓ RUIZ, José-Juan, “La aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal (Literalidad y justicia del caso concreto)”, *ADConcursal*, núm.19, 2010, págs.443-471.

PIÑEL LÓPEZ, Enrique, “Los requisitos de las refinanciaciones para su protección frente a las acciones rescisorias concursales”, *RCP*, núm.11, 2009, págs.35-44.

PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José, *La junta de acreedores (Su especial consideración como órgano del concurso)*, Aranzadi, Navarra, 2008.

PRENDES CARRIL, Pedro (dir.), *Guía práctica de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005.

-ÍB., *La reforma del Derecho Concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 1994.

-ÍB., “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas”, *RDM*, núm.279, 2011, págs.147-176.

-ÍB., “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”, *RCP*, núm.14, 2011, págs.25-40.

-ÍB., “Estrategias preconcursales y refinanciaciones de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009”, en ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (coords.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, La Ley, Madrid, págs.49-134.

-ÍB., “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art.5.3 LC en el marco del RDL 3/2009”, *RCP*, núm.11, 2009, págs.45-58.

-ÍB., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, *La Ley*, núm. 7265, 20 de octubre de 2009.

-ÍB., “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, *RCP*, núm.5, 2006, págs.25-64.

-ÍB., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, ALONSO UREBA, Alberto, PULGAR EZQUERRA, Juana (dirs.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, págs.435-485.

-ÍB., “La prevención de las crisis económicas de las sociedades de capital en la reforma del Derecho concursal español”, en AAVV, *El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo (una experiencia comparada)*, *RCP*, 2004, págs.223-264.

-ÍB., “Comentario al artículo 100”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.974-1008, 1016-1047.

-ÍB., “El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas del Estado”, *RCP*, *La Ley*, nº 1, 2004, págs.131-156.

-ÍB., “Los convenios con asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa”, *RDM*, núm.266, 2007, págs.889-940,

PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, “La junta de acreedores en la nueva legislación concursal”, *RCP*, núm.3, 2005, págs.65-87.

-ÍB., “Comentario al artículo 121”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004,págs.1151-1158.

-ÍB., “Comentario al artículo 124”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004,págs.1173-1180.

-ÍB., “Comentario al artículo 125”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004,págs.1181-1192.

-ÍB., “Comentario al artículo 128”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2419-2422.

-ÍB., “Comentario al artículo 129”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2425-2438.

-ÍB., “Comentario al artículo 131”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 2445-2455.

-ÍB., “Comentario a la disposición derogatoria única.2”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.IV, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.3573-3578.

QUINTANA CARLO, Ignacio, BONET NAVARRO, Ángel y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (dirs.), *Las Claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

RAMÍREZ, José Antonio, *La quiebra*, Bosch, Barcelona, 1998.

RAMÓN IBÓS, Teresa, *Sinopsis de la nueva Ley Concursal 22/2003*, Bosch, Barcelona, 2006.

RECALDE CASTELLS, Andrés Juan, “Comentario a los artículos 74 y 75”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, vol.1, Civitas, Madrid, 2004, págs.1346-1356.

REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, “Conclusión del concurso”, en OLIVENCIA RUIZ, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *Tratado de derecho mercantil. Derecho procesal concursal*, vol.7, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs.173-205.

RIPOL CARULLA, Ignacio, “Admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y adhesiones de acreedores subordinados”, RCP, núm.13, 2010, págs.363-367.

ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turín, 1902.

RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa, “El convenio y el plan en la nueva Ley Concursal, Ley 22 de 2003”, CDC, núm.43, 2005, págs.193-238.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, Alfonso, “El requerimiento al deudor común exigido por el artículo 110.1 de la Ley Concursal (y algunas reflexiones colaterales sobre las propuestas anticipadas de convenio)”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4631-467.

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús, *La Hacienda Pública y los Procesos Concursales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

ROE, Mark, *Corporate reorganization and bankruptcy. Legal and financial materials*, Foundation Press, New York, 2000.

-ÍB., “The voting prohibition in bond workouts”, en BHANDARI, Jagdeep S. y WEISS, Lawrence A., *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs.415-433.

-ÍB., “Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization”, *Colum. L. Rev*, núm.83, 1983, págs.527-602.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *El convenio anticipado*, Madrid, Civitas, 2004.

- ÍB. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- ÍB., “La pérdida del derecho de voto en caso de adquisición de crédito concursal”, *ADConcursal*, núm.12, 2007, págs.7-32.
- ÍB., “La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español. Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva española”, *ADConcursal*, núm.10, 2007, págs.315-341.
- ÍB., “La adhesión de los acreedores”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4671-4704.
- ÍB., “El contenido esencial del convenio”, en Alfonso HERNÁNDEZ-MORENO (dir.), *Anales (V) 2002/2003 del Centro para la investigación y Desarrollo del Derecho Registral, Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM)*, Grupo Difusión, Barcelona, 2004, págs.215-231.
- ÍB., “El contenido del convenio”, *Poder Judicial*, núm.18, 2004, págs.357-408.
- ÍB., “La legitimación para presentar propuesta de convenio”, *RJC*, núm.4, 2004, págs.1173-1196.
- ÍB., “Comentario al artículo 2”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, pág.164-193.
- ÍB., “Comentario al artículo 99”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, vol.2, Civitas, Madrid, 2004, págs.1856-1863.
- ÍB., “Comentario al artículo 100”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, vol.2, Civitas, Madrid, 2004, págs.1864-1899.
- ÍB., “Comentario al artículo 101”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, págs.1901-1905.
- ÍB., “Comentario al artículo 133”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, págs.2214-2217.
- ÍB., “La Reforma del Derecho Concursal Español”, en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, págs.87 y ss.
- ÍB., “La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos”, *Poder Judicial*, núm.33, 1994, págs.195-242.
ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (dirs.), *Comentario a la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, “Comentario al artículo 116”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo,

ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.1117-1128.

-ÍB., “Comentario al artículo 117”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, pág.1130-1133.

-ÍB., “Comentario al artículo 118”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs.1135-1142.

ROSSI, Guido, “Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale”, *Riv.Soc.*, marzo/junio 1996, págs.321-337.

RUBIO VICENTE, Pedro, “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, *RDS*, núm.22, 2004, págs.115-155.

-ÍB., “Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado”, *RCP, La Ley*, nº1, 2004, págs.259-274.

SACRISTÁN REPRESA, Marcos, “El convenio anticipado en la Ley Concursal (Notas sobre su régimen específico)”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4705-4752.

-ÍB., “Comentario al artículo 105”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2217-2223.

-ÍB., “Comentario al artículo 106”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág.2225-2228.

-ÍB., “Comentario al artículo 110”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2243-2248.

SÁEZ LACAVE, M^a Isabel, “Las bases económicas del derecho de la junta de socios”, *InDret*, núm.2, 2008, págs.1-64.

SAGGESE, Nicholas y RANNEY-MARINELLI, Alesia, *A practical guide to out-of-court restructurings and prepackaged plans of reorganization*, Prentice Hall Law & Business, Nueva Jersey, 1993.

SAGRERA TIZÓN, José María, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, Bosch, Barcelona, 1989.

-ÍB., “Reflexiones respecto de algunos aspectos de los expediente de suspensión de pagos desde su declaración hasta convenio”, *CDJ*, núm.5, Madrid, 1996, págs.117-238.

-ÍB., “Inteligencias fraudulentas en el concierto del convenio en la suspensión de pagos”, *RGD*, núm.642, 1998, págs.2567-2570.

-ÍB., “Convenio en la suspensión de pagos: su cumplimiento por los acreedores”, RGD, 1987, n.153, págs.3353 y ss.

SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004.

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, “El procedimiento de salvaguardia de empresas”, RCP, núm.3, 2005, págs.371-377.

SALA REIXACHS, Alberto, *Las causas de impugnación al convenio en la suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1988.

-ÍB., *La terminación de la quiebra y el convenio concursal*, Bosch, Barcelona, 2000.

-ÍB., “Algunas críticas a la futura Normativa Concursal. Especial referencia al convenio”, Revista Técnica, Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas, núm.20, 2002, págs.54-67.

-ÍB., “Comentario al artículo 116”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1310-1312.

-ÍB., “Comentario al artículo 117”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1319-1322.

-ÍB., “Comentario al artículo 118”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1324-1329.

-ÍB., “Comentario al artículo 123”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1348-1352.

-ÍB., “Comentario al artículo 124 LC”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 1352-1357.

-ÍB., “Comentario al artículo 125”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1358-1361.

-ÍB., “Comentario al artículo 126”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, pág.1363-1366.

-ÍB., “Comentario al artículo 128”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1389-1390.

-ÍB., “Comentario al artículo 129”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1390-1407.

-ÍB., “Comentario al artículo 131”, en SAGRERA TIZÓN, José María, SALA REIXACHS, Alberto, FERRER BARRIENDOS, Agustín, *Comentarios a la Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, págs.1410-1415

SALERNO, Thomas J. y HANSEN, Craig D., “A prepackaged bankruptcy strategy”, *The Journal of Business Strategy*, enero/febrero, 1991, págs.36-41.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “Refinanciación y reintegración concursal”, *ADConcursal*, núm.20, 2010, págs.9-38.

-ÍB., “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”, *RCP*, núm.11, 2009, págs.85-98.

SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

SÁNCHEZ LERMA, Gemma Angélica, “El momento de la proposición del convenio en la quiebra de sociedades. Análisis jurisprudencial”, *RDS*, núm.10, 1998, págs.228-242.

SARAZÁ JIMENA, Rafael, “El convenio del concurso, una visión judicial”, *RCP*, núm.2, 2005, págs.67-96.

SASTRE PAPIOL, Sebastián, *La dación en pago. Su incidencia en los convenios concursales*, Bosch, Barcelona, 1990.

SCHMIDT, Karsten, “La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal alemán (Un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”, *ADConcursal*, núm.10, 2007, págs.303-314.

SCHULTZE, *Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen*, Berlín, 1880.

SCHWARTZ, Alan, “A Normative Theory of Business Bankruptcy”, *Va. L. Rev.*, vol.91, núm.5, 2005, págs.1199-1265.

-ÍB., “A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy”, *Yale L. J.*, vol.107, 1998, págs.1807-1851.

-ÍB., “Bankruptcy workouts and debt contracts”, *J.Law&Eco.*, núm.36, 1993, págs. 595-632.

SENÉS MOTILLA, Carmen, “La tramitación del procedimiento concursal”, *Poder Judicial*, nºXVIII, 2004, págs.559-616.

SERRANO DE TOLEDO, Luis Gonzaga, “Especialidades del tratamiento de la Administración Pública en la Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.III, Marcial Pons, Madrid, 2005, .3245-3277.

SINZ, Ralf, “Minderheitenschutz”, en AAVV, *Münchener Kommentar. Insolvenzordnung*, t.II, Beck, Múnic, 2002, págs.1786-1803.

SKEEL, David A., *Debt's dominion. A history of bankruptcy law in America*, Princeton University Press, Princeton, 2001.

-ÍB., "The nature and effect of corporate voting in Chapter 11 reorganization cases", *Va. L. Rev.*, vol.78, 1992, págs.461-533.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coord.), *Práctica del proceso civil. Proceso concursal*, tomo I, vol.4, Civitas, Navarra, 2005.

SOTILLO MARTÍ, Antonio, "El convenio ordinario concursal", *Rev.Jur.Com.Val*, núm.11, 2004, págs.155-173.

TAMAYO HAYA, Silvia, "Convenio de acreedores con el quebrado. Su naturaleza y alcance transaccional. Solidaridad y eficacia de la cosa juzgada", *RDP*, núm.1, 1998, págs.465-480.

TASHJIAN, Elizabeth, LEASE, Ronald, McCONNELL, John, "Prepacks. An empirical análisis of prepackaged bankruptcies", *JFE*, núm.40, 1996, 135-162.

THIMMIG, Paul J., "Adequate Disclosure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code", *S. Cal. L. Rev.*, núm.53, 1979-80, págs.1527-1562.

THOMÀS PUIG, Petra M^a, *La posición de la administración tributaria y el crédito tributario en el proceso concursal*, La Ley, Madrid, 2011.

TIRADO, Ignacio, *Los administradores concursales*, Civitas, Madrid, 2005.

TORRES DE CRUELLS, Joaquín, *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1995;

-ÍB., "Naturaleza del convenio en la suspensión de pagos", *RJC*, núm. 64, 1965, págs.1037-1039.

TORRUBIA CHALMETA, Blanca, "Comentario al artículo 117", en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág.867-871.

-ÍB., "Comentario al artículo 119", en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.875-876.

-ÍB., "Comentario al artículo 124", en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.892-895.

TRIANSTIS, George, "Mitigating the collective action problem of debt enforcement through Bankruptcy Law: Bill C-22 and its shadow", *Can. Bus. L. J.*, 20, 1992, págs.242-260.

UGARTE VIAL, José Joaquín, "Information on Bankruptcy Law in Chile", *Int. Corp. Rescue*, vol.4, núm.1, 2007, págs.15-21.

UHLENBRUCK, Wilhelm (dir.), *Insolvenzordnung*, Verlag Franz Vahlen, Múnic, 2003.

ULL SALCEDO, María Victoria, *Los costes del nuevo procedimiento concursal*, Dykinson, Madrid, 2006,

URBINA, Ricardo, y VÉLEZ, Minerva, “Convenio, liquidación y recursos en la nueva Ley Concursal”, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm.31, 2005, págs.91-150.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, “Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades”, RDM, núm.4, 1946, págs.59-60.

USÓN DUCH, Luis (coord.), *La nueva Ley concursal. Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal*, Grupo Difusión, Madrid, 2003.

VALENTE DE PAIVA, Luiz Fernando, “Brazil's Two New Mechanisms for Out-Of-Court Reorganizations: Homologation of Consensus and Enforcement of Agreement”, en OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo (ed.), *Expedited debt restructuring. An international Comparative Analysis*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007, págs.97-127.

VALENTE DE PAIVA, Luiz Fernando y JARVINEN, Christopher Andrew, “Out-of-Court Reorganizations – The Brazilian Model”, *Int. Corp. Rescue*, vol.2, núm.5, 2005, págs.234-238.

VALERO, Ángel, “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”, *ADConcursal*, núm.22, 2011, págs.207-239.

VALLENS, Jean-Luc, “La reforma del Derecho francés de las empresas en dificultades”, *RCP*, núm.4, 2006, págs.399-413.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo, “Comentario al artículo 100”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.775-790.

-ÍB., “Comentario al artículo 102”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.792-795.

-ÍB., “Comentario al artículo 104”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.801-806.

-ÍB., “Comentario al artículo 105”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.807-816.

-ÍB., “Comentario al artículo 107”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.823-827.

-ÍB., “Comentario al artículo 108”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.827-831.

-ÍB., “Comentario al artículo 136”, en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs.950-951.

VAN HEMMEN ALMAZOR, Esteban, *Estadística Concursal Anuario 2009*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

VARA DE PAZ, Nemesio, “Cumplimiento e incumplimiento del convenio (Artículos 137 a 141 de la Ley Concursal), en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4753-4780.

-ÍB., “Comentario al artículo 137”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 1262-1265.

-ÍB., “Comentario al artículo 139”, en PULGAR EZQUERRA, Juana, ALONSO UREBA, Alberto, ALCOVER GARAU, Guillermo, ALONSO LEDESMA, Carmen (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid, 2004, pág.1270-1272.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, Madrid, 2003.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, *Administraciones públicas y Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2006.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La situación caótica y “laberíntica” de la legislación concursal española. Necesidad y aciertos de la Ley Concursal”, en AAVV, *La nueva ley concursal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, págs.9-27.

VELASCO FABRA, Guillermo José, “La reforma francesa del derecho de las empresas en dificultades”, *ADConcursal*, núm.9, 2006, págs.261-265.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, “De la fase de convenio”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2117-2129.

-ÍB., “Comentario al artículo 99”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs.2137-2146.

-ÍB., “Comentario al artículo 100”, en SÁNCHEZ CALERO, Juan y GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, t.III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág.2147-2171.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1990.

VILARRUBIAS GUILLAMET, Felio, “El convenio anticipado en el nuevo Proyecto de Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm.7, 2002, págs.1898-1904.

-ÍB., “La eficacia del convenio en la nueva Ley Concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t.IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs.4781-4802.

WARREN, Elizabeth, “Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World”, *Mich. L. Rev.*, vol.92, 1993, págs.336-387.

-ÍB., “Bankruptcy Policy”, *U. Chi. L. Rev.*, núm.54, 1987, págs.775-814.

WARREN, Elisabeth y WESTBROOK, Jay Lawrence, “Contracting out of bankruptcy: an empirical intervention”, *Harv. L. Rev.*, vol.118, 2005, págs.1198-1254.

WARREN, William D. y BUSSEL, Daniel J., *Bankruptcy*, Foundation Press, New York, 2006.

WEIL, GOTSHAL y MANGES LLP, *Reorganizing Failing Businesses. A Comprehensive review and analysis of financial restructuring and business reorganization*, ABA, Chicago, 2007.

WEISGARD, Geoffrey M., *Company voluntary arrangements*, Jordans, Bristol, 2003.

WEISS, Lawrence A., “Bankruptcy resolution: direct costs and violation of priority of claims”, en BHANDARI, Jagdeep S. y WEISS, Lawrence A., *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs.260-277.

WHITE, James J., “The Virtue of Speed in Bankruptcy Proceedings”, Statement before the National Bankruptcy Review Commission 6 (May 14, 1997).

WHITE, Michelle J., “The costs of corporate bankruptcy: a U.S.-European comparison”, en BHANDARI, Jagdeep S. y WEISS, Lawrence A., *Corporate Bankruptcy. Economic and Legal perspectives*, Cambridge University Press, Nueva York, 1996, págs.467-500.

YANES YANES, Pedro, “La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio (1)”, *Diario La Ley*, núm.7161, 24 abril 2009, págs.1-22.

YOST, Keven, “The Choice among traditional chapter 11, prepackaged bankruptcy and out-of-court restructuring”, University of Wisconsin, Working Paper, 2002, págs.1-41.

ZABALETA DÍAZ, Marta, *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

-ÍB., “El “nuevo” concordato preventivo italiano (Análisis del régimen jurídico de este instituto concursal tras la reforma introducida por el Decreto Ley núm.35, de 14 de marzo de 2005)”, *RCP*, núm.6, 2007, págs. 415-433.

ZUBIZARRETA GARCÍA, Silvia, “La nueva Ley Concursal. El convenio aprobado en junta: solución prioritaria del concurso de acreedores”, *RVDPA*, núm.16, 2004, págs.465-491.

