

Ciclo de sesiones online: Análisis de las cuestiones más relevantes del Texto Refundido de la Ley Concursal (enero-junio 2021)

Resumen ejecutivo sesión 24 de marzo

Presentación del ciclo

Las numerosas reformas que fue experimentando la Ley Concursal desde su aprobación en 2003, se planteó la conveniencia de reordenar su contenido mediante un Texto Refundido que, utilizando las posibilidades que el artículo 82, 5, de la Constitución reconoce a esta opción legislativa (“regularizar, aclarar y armonizar”), sistematizara adecuadamente la normativa concursal vigente, contribuyendo así a su mejor interpretación y aplicación. El Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), elaborado por un Grupo especial de expertos en el seno de la Comisión General de Codificación, resultó finalmente aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 5 de mayo de 2020, y entró en vigor el pasado 1 de septiembre.

El presente Ciclo de Sesiones pretende ofrecer un análisis ordenado del TRLR, seleccionando aquellos aspectos de su contenido que presentan mayor relevancia, con el fin de examinar las novedades que contienen, comparando el texto resultante con el que procedía, como antecedente inmediato, de la Ley Concursal, considerando también que, a lo largo de la vigencia de ésta, han ido recayendo tanto pronunciamientos jurisprudenciales, como criterios doctrinales interpretativos. Especial interés, en este sentido, suscitan los asuntos concretos en que la refundición ha introducido algún matiz diferente, o algún cambio polémico, en el texto precedente, y ello será motivo de consideración particular a lo largo de las sucesivas sesiones.

Comprende el Ciclo 10 sesiones, a desarrollar entre los meses de enero y junio de 2021, en las que sucesivamente se abordan, siguiendo el orden sistemático del TRLR, como puede apreciarse en el programa, los distintos momentos del procedimiento concursal, desde la declaración del concurso hasta su conclusión, prestando también atención a los acuerdos preconcursales y a las cuestiones laborales y de Derecho Internacional Privado, de tanta importancia en la práctica, especialmente en un momento en que, una vez finalizado el plazo de suspensión de la obligación de solicitar el concurso, es previsible un aumento de los procedimientos concursales, de un lado, y de las iniciativas preconcursales, de otro, pendientes éstas, además, de la adaptación a la Directiva europea de reestructuración y segunda oportunidad.

De cada sesión del ciclo se pretende que resulte la elaboración de un texto elaborado por los respectivos ponentes, en el que se exponga la problemática tratada, de modo que, al final del ciclo, pueda disponerse de un compendio completo de materiales, útiles para un mejor conocimiento del TRLR y para una mejor interpretación y aplicación de su contenido en los diversos aspectos.

Directores del ciclo:

- **María del Mar Hernández Rodríguez**, Magistrado de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria.
- **Jesús Quijano González**, Vocal Permanente de la Sección de Derecho Mercantil, Comisión General de Codificación. Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid. Consejero Académico de Allen&Overy. Miembro del Consejo Académico de Fide

5ª Sesión: El convenio concursal

Introducción:

Siguiendo el viaje por el TRLC, en esta 5ª Sesión hacemos una parada en el convenio del que se ocupa el **Título VII del Libro 1ª TRLC**. El convenio puede ser entendido como un acuerdo de los acreedores y el deudor que cuenta con una serie de particularidades entre las que destaca la necesaria aprobación judicial. Fue la “niña mimada” de la LC y el TRLC mantiene esa preferencia. Un simple examen en la distribución del articulado refleja esta predilección siendo casi cien los preceptos que le dedica. Sin embargo, a pesar de ser la solución principal del concurso, la práctica ha demostrado su escaso éxito y que la solución convenida tiene un carácter claramente residual frente a la liquidación.

El TRLC continúa regulando de manera conjunta las **cuestiones procesales y sustantivas** del convenio y sigue el mismo esquema que LC. A pesar de ello, son varias las novedades y mejoras predicables del nuevo articulado. Ejemplos son, en cuanto al contenido del convenio, la inclusión de algunos que eran habituales pero que no estaban expresamente previstos en la LC o la mejora sistemática de la regulación de otros como sucede con la cláusula de intereses, propuesta con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, convenio de asunción o propuesta con contenido alternativo. También se ha regulado de una manera más clara el régimen de aceptación del convenio por parte de los acreedores. Igualmente, estas mejoras son predicables de la regulación de la eficacia objetiva del convenio o de los efectos de su incumplimiento.

Junto a ello, en la situación actual hemos de tener en cuenta las **reglas especiales** recogidas en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que incluyen la posibilidad de modificar el convenio (art. 3) o el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 4), las cuales conviven con el TRLC y alteran temporalmente su aplicación.

De estos temas, a continuación se relacionan de manera detallada todos los que fueron objeto de examen por los dos ponentes, cuyas intervenciones fueron dirigidas fundamentalmente a destacar las novedades del TRLC y de la legislación COVID

Ponentes:

- **María Aránzazu Ortiz**, Magistrada de la Audiencia Provincial de Mallorca y especialista en mercantil
- **Jesús Quijano González**, Vocal Permanente de la Sección de Derecho Mercantil, Comisión General de Codificación. Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid. Consejero Académico de Allen&Overy. Miembro del Consejo Académico de Fide

- **LA PROPUESTA DE CONVENIO: CONTENIDO, TIPOS ESPECIALES DE CONVENIO, PROHIBICIONES.**

1. Significado del convenio.

En el **modelo ideal** del procedimiento concursal, y muy especialmente en su configuración moderna, el convenio constituye la finalidad preferente del concurso: un **acuerdo entre el deudor y los acreedores, de naturaleza contractual especial** en muchos aspectos, alcanzado dentro del procedimiento concursal,

aunque pudo alcanzarse previamente a través de alguno de los mecanismos preconcursales, en situación de insolvencia o de preinsolvencia, con el que se pretende facilitar la **conservación de la masa patrimonial afectada y la continuidad de la actividad profesional o empresarial** del deudor, como alternativa a la liquidación de la masa activa para pago a los acreedores, que, en ese modelo ideal, constituiría la solución final cuando no se pudo alcanzar un convenio, o no se pudo cumplir el alcanzado.

La **experiencia práctica** confirma, sin embargo, que ese modelo ideal, muy definido en la Ley Concursal originaria, de 2003, no ha resultado efectivo: en la etapa 2008-2015, en que se desarrolló una profunda crisis empresarial, de sobra conocida, en torno al 90%, de media, de los concursos declarados finalizaron con liquidación, y muchos con liquidación anticipada por insuficiencia de masa.

Ese es el contexto en que se ha producido una **evolución** muy relevante desde el **régimen inicial** del convenio en la Ley Concursal, y a través de **sucesivas reformas**, hasta el régimen vigente en el TRLC. En aquel primer régimen el contenido del convenio estaba más limitado, los efectos más restringidos, y no había posibilidad de modificación del convenio aprobado. El cambio de orientación en las reformas de 2011, 2014, 2015, ha **ampliado el contenido** del convenio, ha **extendido sus efectos**, siguiendo el modelo de extensión de los acuerdos de refinanciación, y, al menos con carácter temporal por el momento, como ya se hizo en otro momento anterior, se ha abierto la **posibilidad de modificar el convenio** ya aprobado y en fase de cumplimiento.

2. Caracteres de la propuesta de convenio.

Para que pueda alcanzarse un convenio entre el deudor y los acreedores tiene que haberse presentado una propuesta por quienes están **legitimados** para ello (art. 315): el propio deudor (si es persona jurídica podrá hacerlo el órgano administrativo; no se dice expresamente, pero por analogía con la propia solicitud del concurso; cabe la posibilidad de que el órgano administrativo lo someta a la junta general, aunque no sea obligado, y sin perjuicio de que la junta general deba adoptar acuerdos imprescindibles para el cumplimiento del convenio, p. ej., una modificación estructural); los acreedores, cuyos créditos alcancen más de la quinta parte de la masa pasiva (total, computando todas las clases de créditos concursales).

La propuesta de convenio tiene los siguientes **caracteres**:

- necesaria: sin propuesta no puede haber convenio; no hay otra forma de alcanzar un convenio sin una propuesta previa.
- voluntaria, sin embargo: no hay obligación de proponer un convenio, ni por el deudor, ni por los acreedores, ni siquiera cuando haya posibilidad objetiva cierta de que se apruebe y se cumpla.
- -formal, escrita y firmada (con firma legitimada): se trata de que la propuesta manifieste un compromiso firme.
- oportuna: en los momentos previstos legalmente, distinguiendo si es anticipada u ordinaria, y si se trata del deudor o de los acreedores.
- irrevocable e inmodificable: en los términos del 346, sin perjuicio de la solicitud de liquidación, de la especialidad de la propuesta anticipada que se puede modificar si se mantiene, y de la posibilidad transitoria actual de modificación del convenio ya aprobado.
- acompañada de un plan de pagos y un plan de viabilidad, en los términos de los artículos 331 y 332.
- alternativa y excluyente respecto de la liquidación: 315, 2: si se solicitó la liquidación, no cabe presentar propuesta de convenio; la propuesta de convenio no puede tener por contenido una

liquidación global de la masa activa para satisfacer créditos; si hay una propuesta de convenio ya presentada y luego se solicita la liquidación, la propuesta no se admite a trámite (342), y, si ya está admitida, decae, quedando sin efecto (346).

3. Contenido de la propuesta.

Dada la variedad y amplitud de contenido que puede tener la propuesta cabe hacer una distinción fundamental entre el contenido ordinario y el contenido especial, además de las que pueden considerarse variantes tipológicas del convenio por su singularidad:

A. Contenido ordinario:

Se trata del **contenido obligado** (317): la propuesta debe contener **quita** (sin límite); **espera** (hasta 10 años) o una **combinación de ambas**; basta cualquiera de las múltiples opciones que son posibles; no obstante, hay un supuesto legal de convenio sin quita, que es el que contiene cláusula de intereses (320). En todo caso, la cuantía de la quita y la extensión de la espera, influyen en varios aspectos: mayoría necesaria; extensión de efectos; convenio gravoso o no a efectos de la calificación.

B. Contenido especial:

Se trata del contenido facultativo, que da lugar a diversas opciones:

- **propuesta de convenio con compromisos de acreedores o de terceros** (316, 2): compromisos de pagos, garantías, financiación, etc., que normalmente están acompañados de propuesta de trato singular a esos acreedores.
- **proposiciones adicionales** (317, 2): amplitud, salvo límites legales derivados de las prohibiciones del 318 y 319; posible trato singular para todos, algunos o algún acreedor, o para una clase (¿también para alguno de los subgrupos de acreedores privilegiados, previstos en el art. 287?); no para créditos públicos; las proposiciones adicionales pueden ser una o varias, alternativas, complementarias, vinculadas, etc., pero no condicionadas.; necesidad de mayoría especial del 378.
- **proposiciones con modificaciones estructurales** (317, 3): de persona jurídica concursada; fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo; ¿transformación o traslado de domicilio?; ¿en cualquier posición en la modificación (absorbente-absorbida; escindida-beneficiaria?); aplicación del régimen de la LMESM, con especialidades (¿derecho de oposición de acreedores; responsabilidad de socios ex art. 80?); distinción sociedad concursada y sociedad partícipe no concursada: problemas de la sucesión universal, alcance de la subrogación en el pasivo concursal, etc.
- **otras propuestas con contenido especial:**
 - con cláusula de **intereses**, si no hay quita (320)
 - con **limitación de facultades** patrimoniales del deudor (321)
 - con atribución de funciones a la **administración concursal** (322): sólo de intervención o supervisión, no otros efectos (cesación: 394, 395); otras fórmulas (Comités de acreedores).
 - con **previsión de realización** de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial (323): pago al acreedor; existencia de remanente o insuficiencia de pago.

C. Tipos particulares de convenio:

Se trata de dos variantes tipológicas de convenio por su contenido particular:

- a) **convenio con asunción:** (324)

Adquisición por persona natural o jurídica, que ha de estar determinada en la propuesta, de todo el conjunto de bienes y derechos de la masa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, o de unidades productivas determinadas (remisión al régimen de estas transmisiones: 215 a 224).

Doble requisito: compromiso de continuidad en la actividad por tiempo mínimo fijado en la propuesta; obligación de pago, total o parcial, de todos o algunos de los créditos concursales (amplio margen para el acuerdo; no créditos contra la masa; problemas de coordinación con el régimen especial de subrogación y sucesión de empresa, 222- 224)

b) convenio con contenido alternativo: (325-329)

Amplitud de opciones: “cualesquiera otras alternativas”; para todos o algunos créditos, o clases de créditos; y subclases del artículo 287; no para créditos públicos; constancia del plazo para ejercer la facultad de elección, máximo un mes, y alternativa por defecto si no se elige.

Supuestos:

- **conversión de créditos:** en acciones, participaciones, cuotas u obligaciones convertibles de la sociedad concursada o de otra sociedad (una filial, por ejemplo); en créditos participativos, hasta 10 años, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables; en cualquier otro instrumento financiero con caracteres distintos del crédito originario; los créditos laborales necesitan para la conversión consentimiento individual del titular; flexibilidad en requisitos para convertir en acciones o participaciones, con o sin prima: no se exigen los requisitos de la compensación (crédito líquido, vencido y exigible) y no es necesaria la mayoría reforzada, ni la legal ni la estatutaria, para el aumento de capital.

- **cesión en pago:** no para pago; efecto extintivo de créditos; sólo de bienes o derechos de la masa activa, no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor; determinación del valor razonable de los bienes o derechos a ceder: igual o inferior al importe de los créditos que se extinguen; si superior, integración de la diferencia en la masa por el cesionario.; no cesión en pago de créditos públicos.

- **cesión de las acciones o de los efectos de la reintegración:** a uno o varios acreedores, o a clases de acreedores.

4. Prohibiciones: 318 y 319.

- alteración de la cuantía de los créditos (conforme a lista de acreedores); salvo quitas.
- alteración de la clasificación (clases y subclases de créditos)
- liquidación de la masa activa para satisfacer los créditos: pero liquidación global, no parcial (se permiten enajenaciones, cesiones, etc.)
- propuestas condicionadas: en la eficacia del convenio, salvo concursos conexos.

Autor: Jesús Quijano González, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid. Consultor de Allen&Overly. Miembro del Consejo Académico de Fide

- LA APROBACIÓN DEL CONVENIO (EFECTOS, COMPLIMIENTO, INCUMPLIMIENTO Y MODIFICACIÓN)

En cuanto a la eficacia y cumplimiento del convenio, la entrada en vigor del TRLC se ha visto afectada por la legislación especial dictada al hilo de la pandemia por COVID 19.

Para dotar de un contenido práctico a la sesión se trató la modificación del convenio originario tanto en cuanto a su ámbito objetivo como respecto a la necesidad de nombrar órgano de administración

concurzal, así como la posibilidad de solicitar la apertura de la fase de liquidación en los casos en los que la insolvencia es evidente antes de marzo 2020.

También analizamos el contenido del convenio al hilo de la última sentencia de la sala primera (STS 29.12.2020) por su razonamiento sobre los planes de viabilidad instrumento que sin duda resulta esencial ante el nuevo escenario económico.

MODIFICACIÓN DEL CONVENIO ORIGINARIO

En cuanto al primer punto rige el art 3 de la ley 3/2020 (precedido por el art 8 del RDL16/2020 que fue derogado por la ley 3/2020 de 18 de septiembre en la parte que nos afecta ha sido reformada por el RD 5/2021 de 12 de marzo).

El art 3 vigente dispone: “1. Hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento. A la solicitud deberá acompañar una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio, no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos.

La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario, si bien la tramitación será escrita cualquiera que sea el número de acreedores. Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, cualquiera que sea el contenido de la modificación. En ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

2. El juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores entre el 31 de octubre de 2020 y 31 de enero de 2021, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde la última fecha indicada. Durante esos tres meses el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

3. Asimismo, el juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores entre el 31 de enero y el 30 de septiembre de 2021, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde la última fecha indicada. Durante esos tres meses el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

4. En el supuesto de que entre el 31 de enero de 2021 y la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley se hayan presentado solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio por los acreedores y éstas hayan sido admitidas a trámite, se suspenderá la tramitación del procedimiento, hasta que transcurra un plazo de tres meses a contar desde el 30 de septiembre de 2021. Si durante esos tres meses el concursado presentara una propuesta de modificación del convenio, el juez archivará el procedimiento de solicitud de incumplimiento admitido a trámite y tramitará con prioridad la propuesta de modificación del convenio.

5. Las mismas reglas serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pago.”

LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

En cuanto al nombramiento de nuevo de la administración concursal en la práctica existen dos posiciones. De una parte, quienes consideran que este trámite ralentiza la necesaria agilidad en la aprobación sin que esté justificado este nuevo crédito contra la masa.

Frente a ellos, otros juzgados de lo mercantil lo estiman imprescindible para la tarea de actualización de créditos concursales cuya clasificación es competencia de la administración concursal. Así el auto dictado el 10 de noviembre de 2020 por JM1 A CORUÑA (AJM C 77/2020-ECLI ES:JMC:2020:77A) resolvió: *“En efecto, nada aclara la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 9/2015 en relación a la necesidad de reponer en el cargo a la administración concursal, precisamente para que se lleve a cabo de forma objetiva e imparcial la imprescindible depuración de la lista definitiva de acreedores. De su precisa y correcta actualización depende que se pueda garantizar la concurrencia de las mayorías de pasivo exigidas en esta disposición para la aprobación judicial de la propuesta de modificación del convenio.”...“Esta postura obliga a los acreedores no proponentes a formular la oposición a la valoración contenida en el texto definitivo del informe de la administración concursal en el plazo de cinco días siguientes al traslado de la propuesta de modificación. Y aquí es donde afloran una vez más las carencias del régimen legal, que tampoco solventa el artículo 3 de la Ley 3/2020 al reinstaurar temporalmente el régimen de modificación del convenio, con ciertas especialidades y variaciones respecto del régimen previsto en la D.T. 3ª de la Ley 9/2015.*

El silencio legal obliga al juez del concurso a integrar las previsiones legales en aras de la seguridad jurídica y, fundamentalmente, para garantizar la tutela de los intereses de todos los acreedores que pueden verse afectados por la aprobación de la modificación del convenio. Se comparten las valoraciones de la recurrente acerca de la improcedencia de imponer a la deudora la carga procesal de dar traslado de la propuesta de modificación del convenio a todos los acreedores; también se coincide en la falta de claridad del régimen legal en la fijación del dies a quo para la formulación de los incidentes de oposición a la valoración contenida en el texto definitivo del informe de la administración concursal.

La deficiente técnica legislativa no puede favorecer el oscurantismo provocado por el limitado control judicial que provocan situaciones como la presente: la deudora no ha promovido en plazo la oposición a la valoración contenida en el texto definitivo del informe de la administración concursal. Es cierto que los acreedores proponentes podrían acudir a esta vía dentro de los cinco días siguientes al traslado de la propuesta de modificación del convenio, pero lo que ocurre es que no está previsto un trámite procesal de traslado de esta propuesta a todos y cada uno de los acreedores que pudieran verse afectados por la modificación. Al respecto, se ha señalado que la primera dificultad que plantea el régimen del reconvenio es la relativa al traslado de la solicitud, pues la norma no aclara si se refiere a los acreedores personados o a todos los acreedores; y, aunque ha de entenderse que el traslado debe realizarse a todos los acreedores, se reconoce que tal posibilidad puede no ser factible en la práctica, dada la inexistencia de una lista completa y actualizada de acreedores, por lo que surgen muchas dudas acerca de que pueda lograrse un adecuado conocimiento de la propuesta de modificación, fundamental para una correcta

prestación del consentimiento (GUTIÉRREZ GILSANZ, "La conservación del convenio concursal ", RDCP nº 22/2015).

Por ello, el traslado de la propuesta ha de limitarse a los que se encuentran personados en el procedimiento, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas de publicidad complementarias -por ejemplo, publicación en el tablón de anuncios del juzgado o publicidad a través de medios de comunicación de tirada nacional-; los métodos de publicidad adicional pretenden dar conocimiento de la propuesta de modificación del convenio pero no son equiparables a un trámite procesal de notificación personal a los acreedores. Este trámite sería inviable en supuestos como el presente, en el que el número de acreedores concursales incluidos en la lista era muy elevado -superior a mil-, por lo que bastaría con que se frustrase la notificación a uno de ellos para bloquear la tramitación de la modificación del convenio. Como veremos, la reposición en el cargo del administrador concursal viene a paliar buena parte de las críticas que se hacen a la insuficiencia del régimen legal.

La doctrina autorizada alude al problema de la identificación y clasificación del pasivo existente, relevante para comprobar si se cumple con el porcentaje de pasivo exigido legalmente para tener legitimación para la solicitud de modificación. Es problemática la cuestión relativa al traslado de la propuesta, pues no se articula un trámite que garantice que todo acreedor pueda expresar su consentimiento o no al respecto. En último término, ha de poderse supervisar el cómputo que permita determinar si se ha aceptado la modificación por la mayoría de acreedores y qué acreedores quedan vinculados por la modificación aprobada. Para resolver adecuadamente estos problemas se propone que el juez proceda a la reposición en el ejercicio del cargo de la administración concursal o el nombramiento de una nueva, aplicando por analogía lo establecido en el derogado art. 145. 1 II LC para el supuesto en que se abra la liquidación tras la eficacia de un convenio (GUTIÉRREZ GILSANZ, "La conservación del convenio concursal ", RDCP nº 22/2015).

En efecto, las carencias señaladas en párrafos precedentes pueden ser suplidas mediante la reposición en el cargo de la administración concursal, a la que se encomendará un cometido muy específico, consistente en la actualización de la lista definitiva de acreedores a la fecha de presentación de la propuesta de modificación del convenio. La propia deudora se refiere en el recurso interpuesto al debate entablado en torno a la reposición en el cargo de este profesional, que ha sido admitida en algunas resoluciones judiciales -cfr. SJM nº 2 de Cuenca de 8 de febrero de 2017 y SJM de Toledo de 5 de abril de 2017-; sin duda, la intervención de la administración concursal como órgano encargado de la actualización de la lista definitiva de acreedores dota de objetividad al procedimiento de modificación del convenio y garantiza que se cumplirán las mayorías legales requeridas para su aprobación judicial.

*Además, a través de esta intervención profesional, **también se objetiva el dies a quo para el cómputo del plazo de cinco días previsto para formular la oposición a la valoración contenida en el texto definitivo del informe de la administración concursal.** Una vez elaborado este listado actualizado y presentado en el Juzgado, la puesta de manifiesto en la Secretaría Judicial para conocimiento de todos los interesados da inicio al cómputo del mencionado plazo legal."* el destacado es nuestro.

LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

La denominada moratoria concursal se ha prorrogado, pero ¿qué pasa con las propuestas de convenio que estaban presentadas antes del estado de alarma?

Lamentablemente el legislador de emergencia no ha previsto que los planes de viabilidad y los planes de pago presentados antes de la emergencia sanitaria pueden haberse visto afectados por ella y ante una normativa de excepción -que además ha sido reformada 3 veces en un año-no procede la aplicación a supuestos no incluidos en ella.

Así la posibilidad de modificación del convenio originario no resulta de aplicación a los que han sido rechazados en las juntas de acreedores celebradas en el año 2020 con propuesta de convenio presentadas en 2019.

En cuanto a la petición de apertura de la fase de liquidación a instancia de los acreedores que habían constatado la existencia de insolvencia antes de marzo 2020. Así en auto dictado por la Audiencia Provincial de Islas Baleares el 24 de febrero de 2021 resuelve así la cuestión: *“Como ya resolvimos en el auto de fecha 23 de octubre de 2020 (rollo 440/2020), es cierto que en los preceptos en los que se regula el aplazamiento del deber de solicitar la liquidación nada se establece pero no puede obviarse el fin a que responde el aplazamiento de esa obligación (artículo 3 del Código Civil).*

El auto estimó la solicitud y declaró el incumplimiento del convenio, otra vez, pues como resulta del incidente nº 3 confirmado por esta sala ya habría sido declarado a instancia de la AEAT.

Ello nos lleva a dos conclusiones: la primera, que había pluralidad de acreedores y la segunda que los hechos reveladores invocados no necesitan de los requisitos que enumeró la concursada porque se trata de las previstas en el art 2.4.4.LC/2.4.5. TRLC.

En el supuesto de autos, la concursada incumplió obligaciones posteriores a la aprobación del convenio en un momento anterior a la declaración del estado de alarma, provocando con ello la solicitud del organismo acreedor.

La situación que motivó la apertura de la fase de liquidación no vino motivada por la crisis sanitaria, sino que es anterior a ella, por lo que no pueden aplicarse las medidas legales como pretende la apelante.

*La exposición de motivos de la ley 3/2020 (como también hacía la del RD 16/2020) dispone :“A las medidas ya adoptadas en dicho Real Decreto-ley, se añaden en esta Ley otras, con una triple finalidad. **En primer lugar, mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado. Respecto de estos deudores, se aplaza el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel; así mismo, se facilita la modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación homologado. Respecto de estos últimos se permite además la presentación de nueva solicitud sin necesidad de que transcurra un año desde la presentación de la anterior”.***

Entendemos que la legislación especial resulta aplicable a las empresas que antes de la pandemia venían cumpliendo con sus obligaciones, hecho que no concurre en este caso.

Es por ello que el recurso debe desestimarse” (el destacado es nuestro).

CONTENIDO DEL CONVENIO

En cuanto al ámbito de análisis que tiene el juez *a quo* respecto al plan de viabilidad como contenido del convenio resulta muy ilustrativa la [sentencia dictada el 29 de diciembre de 2020 \(Roj: STS 4462/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4462\)](#): “3. El párrafo tercero del art. 128.1 LC, al prescribir los motivos de la oposición, se refiere en primer lugar a “la infracción de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio “. El contenido del convenio se regulaba en el art. 100 LC, que en su apartado 5 preveía lo siguiente:

“Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros”.

No se discute que el convenio Deportes y Residencia Geriátrica S.L. se encontraba afectado por esta previsión, y por ello debía ir acompañado de un plan de viabilidad. Y como declaramos en la sentencia 147/2015, de 26 de marzo:

“El plan de viabilidad que el art. 100.5 LC exige en determinados supuestos, acompañar a todo convenio, es un documento especial con el fin de que la administración concursal pueda evaluar el contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en que se pueda contar con los recursos que genere la actividad económica que en el futuro desarrolle el concursado. Al propio tiempo sirve de información a los acreedores, al objeto de que puedan valorar las expectativas de cumplimiento del convenio. Es un documento que proyecta, de forma estimativa, los recursos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, los medios de los que parte, así como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permita, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio ”.

La sentencia de apelación ha entendido que no se había presentado el plan de viabilidad, o mejor dicho que lo aportado con la propuesta de convenio no era propiamente un plan de viabilidad. Como hemos visto, no se trata tanto de apreciar que el cumplimiento del convenio no sea viable, como de apreciar que no se ha presentado un plan de viabilidad que explicara cómo se iban a generar los recursos necesarios para cumplir el plan de pagos. El tribunal de instancia llega a esta conclusión después de valorar la prueba documental y pericial (...)

4. El tribunal realiza una valoración por la que entiende que el documento aportado con la propuesta de convenio no es propiamente un plan de viabilidad y por ello no se ha cumplido con la exigencia de su aportación prevista en el art. 100.5 LC. Esta valoración, a estos efectos, puede considerarse una valoración jurídica, pues se refiere a si se ha llegado a cumplir con un requisito legal. Esto es, si lo aportado con la propuesta de convenio reunía o no los requisitos necesarios para poder ser considerado un plan de viabilidad (no si el plan propuesto era o no viable, que es distinto). Pero el recurso no impugna esto. Centra su argumentación en que la Audiencia no podía realizar aquella valoración, sino que debía dar por cumplida la exigencia del plan de viabilidad con el documento presentado, sin entrar a valorarlo. Ya hemos visto que una cosa es valorar la viabilidad del plan y otra valorar si lo aportado es propiamente un plan de viabilidad. Esto segundo, sí que podía hacerlo el tribunal, y era esta valoración la que, en su caso, podía haber impugnado el recurrente, sin haberlo hecho.”(el destacado es nuestro)
Esta sentencia del Tribunal Supremo debe ser puesta en relación con la que resolvió en 2015 que no procede declarar incumplido un convenio porque no se cumpla el plan de viabilidad pues el compromiso

de la concursada con sus acreedores es con el convenio (el plan de pagos): STS, Civil sección 1 del 26 de marzo de 2015 (ROJ: **STS 1290/2015** - ECLI:ES:TS:2015:1290):" **TERCERO**.

1. El plan de viabilidad que el art. 100.5 LC exige en determinados supuestos, acompañar a todo convenio, es un documento especial con el fin de que la administración concursal pueda evaluar el contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en que se pueda contar con los recursos que genere la actividad económica que en el futuro desarrolle el concursado. Al propio tiempo sirve de información a los acreedores, al objeto de que puedan valorar las expectativas de cumplimiento del convenio. Es un documento que proyecta, de forma estimativa, los recursos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, los medios de los que parte, así como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permita, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio.

Obsérvese que el plan de viabilidad sólo es obligatorio cuando se tenga previsto contar con los recursos que genere la continuación, bien sean propios bien sean de terceros. En este último caso, el apartado 5 del art. 100 LC se refiere a los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención, así como "los compromisos de su prestación por terceros". Lo que obliga, a su vez, a señalar las condiciones económicas de la prestación de los recursos por terceros, y que, de tratarse de créditos, se encomienda a las partes determinar en el convenio la forma de su satisfacción (párrafo segundo del apartado 5 del art. 100 LC).

Al plan de viabilidad se refiere también la Ley Concursal en el art. 104.2, en el supuesto de propuesta anticipada de convenio por el deudor cuando, para dar cumplimiento al mismo, se presente un plan de viabilidad que contemple expresamente una quita o una espera superior a los límites previstos en el apartado 1 del art. 100 LC, que, en todo caso, deberá evaluar la administración concursal (art. 107.2 LC). También en caso de propuesta de convenio presentada por acreedores que representen una quinta parte del total pasivo del deudor resultante de la lista de acreedores (art. 113.1 LC), de ser admitida a trámite, se dará traslado de la misma a la administración concursal para que 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".

Por ello, el plan de viabilidad debe acompañar, en determinados casos, al convenio, pero no es necesario más que en los supuestos expresamente contemplado en la ley.

*2. De cuanto antecede debe colegirse sin dificultad que lo que se somete a votación para su aprobación o rechazo en junta de acreedores es la propuesta de convenio, al que se acompañará un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad. **Pero el convenio y sólo el convenio es el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores. Es el único instrumento que procede votar, bien por el procedimiento escrito (art. 115 bis LC), bien en la junta de acreedores (arts. 121 y 124 LC); el que se somete a la aprobación judicial (art. 127 LC); el que puede ser impugnado, mediante oposición por las personas legitimadas (art. 1128 LC), sin que figure como infracción de normas o como causa de impugnación, referencia alguna al plan de viabilidad; y el juez, de oficio, puede rechazar (art. 131.1 LC), pero limitándose a cuestiones estrictamente formales, no porque pudiera interpretar a su modo la "inviabilidad" del plan.***

Por consiguiente, debe estimarse el motivo de casación del recurrente, porque la sentencia recurrida ha estimado el recurso de apelación interpuesto por la actora con fundamento en el incumplimiento por el concursado del plan de viabilidad que acompañaba al convenio. Ni, por las razones expuestas, la infracción del plan de viabilidad podía constituir la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, ni el Tribunal de

apelación estaba legitimado para declarar incumplido el convenio, pues, sólo ante el juez del concurso cabe la denuncia del mismo (art. 140.1 LC). Solo la resolución firme de incumplimiento del convenio supone la rescisión del mismo y la desaparición de los efectos sobre los créditos (art. 140.4 LC), en relación a los efectos novatorios.”

Para concluir, al tratarse de un foro de estudio tras la promulgación del texto refundido no podemos dejar de mencionar una de sus numerosas mejoras técnicas. La delegación legislativa permite al TRLC introducir modificaciones como armonizador de la legislación previgente.

Si bien la jurisprudencia había destacado que resultaba innecesario transcribir el contenido del convenio en la sentencia que lo aprueba TS, Civil sección 1 del 31 de octubre de 2018 (ROJ: **STS 3678/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3678**):” 4.- *Lo que carece de cualquier relevancia, en contra de lo afirmado en la sentencia de primera instancia, es que la sentencia que aprobó el convenio reprodujera o dejara de reproducir alguna cláusula del convenio en la sentencia que lo aprobó. **Ningún precepto de la Ley Concursal prevé que en la sentencia que apruebe el convenio deba transcribirse este, en parte o en su totalidad.** Basta con que esté adecuadamente identificado el convenio que se aprueba, que además en este caso consta en un documento notarial. La aprobación del convenio afecta a la totalidad del mismo, sin que pueda sostenerse que algunas cláusulas no fueron aprobadas por el simple hecho de no aparecer recogidas en la sentencia de aprobación del convenio o suponer que pasaron desapercibidas para los acreedores.* “el destacado es nuestro.

El art 389 TRLC ahora dispone expresamente la obligatoriedad de la transcripción íntegra del convenio. Modificación que trae causa de la incidencia que tiene el contenido del convenio para varias instituciones (registro mercantil, registro de la propiedad) así como para los acreedores.

Conocer el contenido íntegro del convenio aprobado resulta imprescindible y su publicación en la sentencia dota de seguridad jurídica a todos los que serán potencialmente afectados por el.

Autora: M Arántzazu Ortiz González, Magistrada de la Audiencia Provincial de Mallorca y especialista en mercantil

Fide, 24 de marzo de 2021

Resúmenes de anteriores sesiones del ciclo:

- 1ª sesión: La declaración del concurso y los presupuestos. La administración concursal, 27 de enero.
- 2ª sesión: Los efectos del concurso: sobre el deudor, sobre las acciones, los créditos y los contratos, 10 de febrero.
- 3ª sesión: La masa activa y la masa pasiva del concurso, 24 de febrero
- 4ª sesión: La enajenación de unidades productivas; reintegración y reducción de la masa; créditos contra la masa y orden de pago en caso de insuficiencia, 9 de marzo